UNIVERSITE DE PARIS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

L'ADAPTATION DU CONTRAT AUX CIRCONSTANCES ÉCONOMIQUES

ÉTUDE COMPARÉE DE DROIT CIVIL FRANÇAIS ET DE DROIT CIVIL DE LA RÉPUBLIQUE ARABE UNIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 9 janvier 1965

PAR

MOSTAPHA MOHAMAD EL-GAMMAL

MEMBRES DU JURY :

Président de thèse : M. A. TUNC, Professeur

Suffragants { M. P. RAYNAUD, Professeur
M. B. STARCK, Professeur

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (Ve)
PARIS

1967

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544307_0076

L'ADAPTATION DU CONTRAT AUX CIRCONSTANCES ÉCONOMIQUES

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITE DE PARIS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

L'ADAPTATION DU CONTRAT AUX CIRCONSTANCES ÉCONOMIQUES

ÉTUDE COMPARÉE DE DROIT CIVIL FRANÇAIS ET DE DROIT CIVIL DE LA RÉPUBLIQUE ARABE UNIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 9 janvier 1965

PAR

MOSTAPHA MOHAMAD EL-GAMMAL

MEMBRES DU JURY :

Président de thèse : M. A. TUNC, Professeur

Suffragants { M. P. RAYNAUD, Professeur
M. B. STARCK, Professeur

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (V°)
PARIS

1967

A celui qui m'a donné le sens du juste, MON PERE

A celui qui m'a donné le sens de l'équitable, MON ONCLE

A celui qui m'a incité à l'étude du droit,
science du juste et de l'équitable,
MON COUSIN M. ABD-ELAZIZ MINISSI

Au cours de mon travail j'ai accumulé une dette énorme à l'égard de mon Maître,

Monsieur le Professeur André TUNC

De longues années, il a guidé mes pas avec vigilance, patience et lucidité.

Qu'il soit assuré de ma profonde gratitude et de ma respectueuse fidélité.

« Le juriste n'a pas le droit de dire que le passé historique a été erreur, que le présent est réalité. S'il modifie une règle, ce n'est pas qu'elle ait été fausse, c'est parce qu'il est nécessaire d'en créer une autre plus convenable au temps présent, mais qui n'est pas plus scientifique que la précédente. »

G. Ripert

(*les Forces créatrices du Droit*, Paris, 1955, pp. 43 et s.)

INTRODUCTION

1. — « Ce milieu du XX^e siècle est, pour les sciences sociales et humaines, le temps des "mises en questions". Toutes cherchent, avec plus ou moins d'impatience, à multiplier les ouvertures vers les disciplines voisines (1) ». Cela s'explique non seulement par le fait qu'on a pris plus nettement de conscience que toutes ces sciences ont en définitive un objet commun, bien qu'elles l'envisagent chacune sous un angle différent, mais encore par la « révolution des méthodes » qui les a gagnées l'une après l'autre, essentiellement sous la pression des problèmes contemporains.

2. — De nombreuses études se sont employées à montrer la nécessité pour les juristes d'associer étroitement à leurs travaux les données économiques, afin de comprendre les transformations de la vie juridique (2). « Les phénomènes de la vie économique sont un » ; si les juristes et les économistes les découpent pour les besoins de leurs études, « leur unité ne s'impose pas moins dans la réalité de la vie (3) ». L'analyse économique doit être à la base de toute construction juridique afin de permettre aux juristes d'une part « de rendre compte des règles juridiques qu'elles (les nécessités économiques) ont pu susciter (4) », d'autre part, afin d'envisager la règle de droit sous son aspect fonctionnel, c'est-à-dire au point de vue de ses applications (5).

(1) Georges GURVITCH, *Traité de Sociologie*, T. 1, 2^e éd., Paris, 1962, p. 99.

(2) R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, seconde série, Paris, 1959, n° 61.

(3) J. HAMEL, *Vers un droit économique, in* « Economie contemporaine », novembre-décembre 1951, pp. 1 et s. Cf. H. BARTOLI, *Science économique et travail*, Paris, 1957, p. 40.

(4) M. VASSEUR, *Le droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales*, Paris, 1959, p. 517.

(5) P. DURAND, *La connaissance des phénomènes juridiques et les tâches de la doctrine moderne de droit privé*, D. 1956, Chr. p. 73. Cf. J. CARBONNIER, *Théorie sociologique des sources du droit*, Cours 1960-61, p. 133 ; J. BRETHE *de* LA GRESSAYE, *De la connaissance pratique du droit et de ses difficultés*, D. 1952, Chr. pp. 89 et s.

Cependant, beaucoup de juristes s'inquiètent de certaines formules employées par les économistes, qui semblent impliquer une absorption du droit dans l'économie : « Le droit, c'est une cristallisation de l'économie », a dit un économiste (6). Ils craignent que cette conquête du droit par l'économie ne réduise celui-ci à une technique au service des conceptions des économistes, n'ayant plus pour fonction que de traduire les lois économiques en lois juridiques. Certains auteurs, par réaction contre ce danger, soulignent la spécificité du droit en en faisant une chose essentiellement humaine et en le distinguant des sciences qui « ne connaissent pas les hommes, mais les nombres (7) ». D'autre part, en réponse à la théorie qui fait du droit uniquement une technique au service des économistes, R. Savatier réplique : « Il est plus qu'une technique puisque c'est en lui que s'incarne la justice elle-même, avec toutes ses valeurs morales (8) ». M. Vasseur, après avoir affirmé que « le domaine du droit monétaire n'est point un champ clos qui soit soumis aux seules investigations des juristes, mais un domaine indivis entre les juristes et les économistes, dans l'exploration duquel les juristes doivent se tenir en constante liaison avec les économistes », s'empresse de rectifier son point de vue : « Que les juristes ne croient pas que, pour s'être tournés vers les économistes, ils vont être contraints de souscrire de manière aveugle à toutes les conclusions de la théorie économique. Il existe, en effet, dans la vie sociale, d'autres données morales, sociales, politiques, juridiques, que celles fournies par la constatation des faits économiques (9) ». La discipline du « juste » ne peut être réduite à la science de l' « utile ».

3. — Ceci dit, si dans cette étude le phénomène juridique est étudié à la lumière des faits économiques, cela n'implique évidemment aucune « annexion » du droit à l'économie politique. Du reste, et de plus en plus, une telle conception d'un antagonisme entre le droit et l'économie n'a plus guère cours. Les deux disciplines se rejoignent dan une synthèse explicative de l'homme dans sa totalité. C'est d'ailleurs en ce sens que l'on peut dire que l'économie politique, originairement partie de l'étude des richesses, tend à devenir un humanisme au sens complet du mot (10). Et si naguère la conciliation entre les deux disciplines se faisait sur le plan de la justice commutative, elle tend, de nos jours, à se faire sur le terrain de la justice distributive (11).

(6) Baudin, *Précis*, 1943, T. 1, p. 29, *Tr. d'économie politique*, pp. 38 et 53.
(7) G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, p. 42.
(8) *Op. cit.*, n° 28.
(9) *Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique*, R.T.D.C., 1952, pp. 431 et s.
(10) R. Savatier, *op. cit.*, n° 65.
(11) Depuis la naissance de l'économie politique, deux tendances se sont manifestées dans l'interprétation de la réalité économique. L'une interprète cette réalité à partir de l'individu, ne considérant que celui-ci pour fixer les buts à atteindre, pour étudier les mobiles de l'action. L'autre s'attache aux ensembles et traite, à l'inverse, de ce qu'on appelle aujourd'hui des quantités globales. Les termes de micro- et de macro-économique consacrent cette opposition (Lhomme,

M. J. Marchal l'énonce d'une façon particulièrement claire en disant : « Les phénomènes économiques étant des phénomènes humains, il y a lieu de tenir compte, dans leur étude, de tous les aspects de l'homme et non pas seulement de quelques-uns artificiellement détachés des autres. Pour ne laisser place à aucune ambiguité, disons qu'il convient de réintroduire dans la science économique, à côté des valeurs rationnelles retenues par les auteurs du XIX^e siècle, les valeurs morales (12) ».

4. — Toutefois, ce parallélisme ne signifie pas une confusion entre les deux disciplines. Alors que le droit est une science normative, l'économie politique est une science d'observation. L'économie politique s'occupe de constater et d'expliquer les faits économiques ; sa fonction est la connaissance des faits économiques et de leurs causes. Le droit s'occupe de l'organisation matérielle de la société en fonction de ces faits ; les faits économiques sont, pour le droit, des faits sociaux qui en constituent seulement les « projections extérieures (13) (14) ». Le problème touche donc à la notion même du droit.

***

5. — Plus qu'une continuité, l'histoire de la pensée juridique est une constante opposition entre les différentes doctrines. Les théories idéa-

Economie et sociologie économique, in « Traité de Sociologie », *op. cit.*, pp. 347 et s. ; André MARCHAL, *Méthode scientifique et science économique*, T. 2, pp. 80 et s.). L'étude macro-économique a été ébauchée par les physiocrates. Mais, avec le triomphe de l'individualisme du XIX^e siècle, cette tendance cède la place à l'analyse micro-économique. Or, dès la fin du XIX^e siècle, la science économique s'oriente nettement vers la macro-économie.

Cette alternance entre l'analyse « individuelle » et l'analyse « globale » — alternance révélatrice du triomphe ou de la décadence de l'individualisme — ne se trouve pas moins évidente dans l'appréhension de la réalité juridique.

Dans la plus longue partie de son histoire, il semble bien que l'espèce humaine n'ait guère connu le droit que sous l'aspect de règles sociales déterminant ce qui est licite ou illicite. Il faut attendre la période moderne qui a suivi la Renaissance pour voir apparaître un point de vue absolument nouveau, à savoir l'idée de droits subjectifs, envisagés comme prérogatives précises de l'individu. Or, l'avènement de l' « âge industriel » a marqué un retour au vieux système, selon lequel les situations juridiques individuelles et concrètes ne seraient rien de plus que des manifestations et, en quelque sorte, des projections de la règle juridique (P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques, Paris*, 1963, n° 1, pp. 6 et s.).

L'opposition droit objectif — droit subjectif est-elle autre chose que l'opposition macro-économie — micro-économie ? Ne peut-on parler dans le domaine du droit de macro-juridique et de micro-juridique ? Plutôt que d'opposer les deux disciplines, il faut opposer les différentes conceptions de l'homme. En effet, l'évolution de l'économie politique et celle du droit dénotent un parallélisme frappant.

(12) *Cours d'économie politique*, 4^e éd., Paris, 334.

(13) M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1962 (nouvelle édition), p. 95.

(14) A propos de l'économie dirigée, Ripert relève que « les économistes auront... à dire pourquoi et vers quel but, mais les juristes seuls pourront dire par quelles règles et par quelles sanctions. Les uns donneront la fin, les autres les moyens » (*Aspect juridique du capitalisme moderne*, 2^e éd., Paris, 1951, n° 97).

listes se disputent entre elles quant à la place de l'individu ou de la société comme but de droit. En même temps, elles s'opposent aux doctrines analytiques qui s'intéressent principalement à la technique juridique et aux doctrines sociologiques qui s'attachent aux relations entre les principes juridiques et leur fonctionnement dans la société (15).

6. — Cependant, plutôt que de regarder ces différentes doctrines comme des conceptions différentes du droit qui s'excluent, il faut y voir les différents paliers, les différents niveaux d'une même réalité. Chacune d'elles est nécessaire pour saisir la réalité juridique dans sa totalité complexe. Les isoler serait faire perdre au droit l'une ou l'autre de ses dimensions (16).

En fait, la société n'est pas imposée du dehors à l'individu ; elle est l'individu lui-même qui réalise son existence universelle (17). *Le but du droit* n'est pas l'homme dans sa nature individuelle ou dans sa nature sociale, mais davantage le progrès de l'humanité qui est plus ou moins la synthèse des deux dimensions de l'homme. Quand on affirme que la morale, la justice, la liberté, etc. sont la base du droit, on n'entend pas nécessairement que telle ou telle idéologie est le critère de la distinction entre le droit et les autres ordres de contrainte, mais seulement qu'il est l'idéal vers lequel s'oriente le droit (18).

Le but du droit constitue l'orientation suprême, mais les données de la vie sociale sont en quelque sorte la matière première du droit. *Le contenu* de ce dernier n'est pas exclusivement l'un ou l'autre mais peut être ce qui reste du « frottement » de l'un avec l'autre.

Cependant quand on insiste sur le fait que le droit a son fondement dans la justice ou la réalité sociale, on n'entend pas nécessairement nier l'aspect normatif du droit qui est son critère. Le contenu du droit doit être traduit à l'état de règle de conduite par un système de concepts et de classifications techniques développé à partir de ces sources (19). Mais une méthode purement normative ne peut donner la clef de l'édifice juridique tout entier (20).

« Le droit tout court n'est pas un droit naturel désincarné, mais le droit naturel s'instituant en droits positifs historiques dont l'objet propre est de structurer et d'organiser en fonction des circonstances

(15) W. Friedmann, *Legal theory*, fourth edition, Londres, 1960, p. 16 et chap. 4 du même ouvrage, pp. 28 et s.

(16) Cf. G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, 1935, p. 16.

(17) W. Friedmann, *op. cit.*, pp. 34 et s.

(18) Comp. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2e édition de la « Reine Rechtslehre », par Charles Eisenmann, Paris, 1962, pp. 40 et s., 86 et s. D'ailleurs, Kelsen ne rejette pas le caractère idéologique du droit que quand il sert de justification ou de critère de ce qui est droit et de ce qui ne l'est pas (v. pp. 47 et s., 293 et s.).

(19) W. Friedmann, *op. cit.*, pp. 22, 203 et s.

(20) P. Roubier, *Théorie générale de droit*, 2e éd., 1951, n° 8, p. 70.

variables et concrètes des temps et des lieux les normes morales rationnelles du droit naturel » (21).

⁂

7. — Le thème de l'évolution du droit et de l'accélération de cette évolution est, de notre époque, l'un des plus favorisés de la littérature juridique. Tantôt on met l'accent sur le but du droit pour conclure que le droit met de plus en plus le centre de gravité dans la société (22). Tantôt on met l'accent sur les formes que revêtent les règles juridiques en défendant ce qu'on appelle le droit libre qui n'a pas de source dans la loi mais dans les manifestations de la vie en société (23).

8. — Cependant, *l'intérêt de la société*, fin suprême du droit, est par nature une chose durable et ne peut subir l'évolution en tant que telle. Aucun législateur n'a pu s'affranchir de cet intérêt ; « ... intérêts individuels et intérêts collectifs ne peuvent être dissociés et doivent être harmonisés (24) ». « Le droit nouveau n'est nullement au service de la société et de l'Etat, de fins ou d'intérêts qui leur seraient propres et posés comme irréductibles et supérieurs à des fins ou d'intérêts d'individus ; il est tout simplement au service de très ordinaires personnes privées qui se laissent déterminer immédiatement, dont le législateur a estimé les intérêts insuffisamment protégés... par le droit antérieurement en vigueur (25). »

De même, que *l'activité juridique* est toujours unique, ceci reste l'apport le plus durable des normativistes. Pour le législateur qui élabore des règles générales, le juge qui tranche un procès particulier ou les parties qui élaborent leur contrat, l'opération reste toujours la même (26). Le problème de l'évolution du droit est moins une question de but et moins une question de forme. Il est avant tout *une question de contenu matériel* qu'on met sous cette forme pour réaliser ce but précis. C'est une question d'ajustement de la réalité sociale mouvante à un certain idéal de justice.

9. — Si, dans l'appréhension de cette réalité, on mettait l'accent sur l'élément politique — tel ou tel régime —, sur l'élément social — solidarité sociale ou lutte des classes —, ou enfin sur l'élément écono-

(21) Bartoli, *op. cit.*, p. 42.

(22) Par exemple, les travaux de M. R. Savatier, *Du droit civil au droit public*, Paris, 1950, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, première série, 3e éd., 1964, et deuxième série, *op. cit.*

(23) Voir les différents travaux de l'école sociologique dont la bibliographie essentielle est donnée par M. Villey, *op. cit.*, p. 92.

(24) L. Julliot de la Morandière, Préface à l'ouvrage de K. Katzarov, *Théorie de la nationalisation*, Paris, 1960.

(25) Ch. Eisenmann, *Droit public, droit privé*, Rev. du Droit public et de la Science politique, 1952, n° 4, pp. 903 et s.

(26) A. El Kocheri, *La notion de contrat international*, Thèse, Rennes, 1962, p. 60, note 44.

mique — tel ou tel mode de production —, ce ne serait, en définitive, qu'un aspect partiel d'un problème complexe. Il est toujours difficile de séparer le politique du social et ceux-ci de l'économique (27). Le droit, dans son contenu, est l'expression de la réalité sociale dans sa plénitude. Etudier un problème juridique sous tel ou tel angle, ce n'est tout simplement qu'une approche qui ne prétend pas épuiser toutes les dimensions de ce problème.

⁂

10. — Tous ces conflits des systèmes juridiques, des régimes économiques, voire des idéologies, ont trouvé leur expression la plus vigoureuse dans la matière du contrat. Celle-ci est l'un des problèmes centraux du droit contemporain.

11. — Il n'y a guère plus d'un demi-siècle, un principe simple avec ses corollaires suffisait à décrire tous les rouages du contrat : l'autonomie de la volonté. Le contrat est l'accord de deux parties destiné à produire des effets juridiques et ces effets sont justement ceux que les parties ont voulu en faire naître.

Que l'on y voit le fait d'un hasard ou bien que l'on y décèle un enchaînement logique, une profonde solidarité englobait « le fait » et « le droit » (28). La liberté réalisait l'équilibre et l'harmonie dans les activités économiques.

12. — Il a fallu attendre le début du XX^e siècle pour voir la contestation de la mystique de l'autonomie de la volonté (29).

Tout d'abord, le juge a été invité à intervenir pour assurer la protection des victimes de grandes puissances économiques qui s'étaient développées sous le signe de la liberté — les travailleurs contre la puissance des employeurs et les consommateurs individuels contre la puissance des grandes entreprises — dans le cadre d'une liberté de fait et non pas dans la limite d'une liberté formelle, et en se fondant sur les principes mêmes du Code civil. On trouvait, dans l'élargissement de l'outil traditionnel, le moyen, sinon de supprimer de tels phénomènes de la grande puissance économique, du moins de les apaiser.

(27) Certes, le phénomène économique, d'après les marxistes, serait à la base de tous les autres phénomènes sociaux ; « La structure de la société serait d'abord une structure économique, sur laquelle viendraient se superposer des phénomènes religieux, moraux... » (ROUBIER, *Théorie générale du droit, op. cit.*, n° 22, pp. 204 et s.). Toutefois, donner à la réalité sociale une explication unilatérale, quelle que soit cette explication, serait nécessairement une abstraction exagérée ; il y a toujours à l'origine de cette réalité « un jeu très complexe de causes, parfois difficile à démêler » (ROUBIER, *Théorie générale du droit, op. cit.*, n° 22, p. 205).

(28) Cf. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963, n° 54.

(29) E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Dijon, 1912.

Puis, brusquement, avec la guerre de 1914, la crise de 1930 et la guerre de 1939, la liberté brisa les liens de cette solidarité qui l'unissait à l'équilibre et à l'harmonie dans la vie économique. Les données fondamentales du problème changèrent. L'outil s'avéra impuissant à remplir son but.

13. — Certains, ne sachant se résigner devant les faits, voudraient à tout prix les faire plier devant leurs convictions ; pour eux, aucun instrument, en dehors de la liberté, ne saurait réaliser la justice et l'équilibre dans la vie économique. D'autres se réclament de l'ordre public, en le qualifiant d'économique, pour remédier au problème de l'équilibre et de l'harmonie dans la vie économique. D'autres, enfin, s'inclinent devant l'irrémédiable, essayant de légaliser cette séparation entre la liberté et les données fondamentales de notre société, sans pourtant rompre avec l'ancien instrument que constitue le contrat : ils penchent en faveur des éléments matériels du contrat et s'efforcent de discerner « l'essentiel » et « l'accidentel » dans la technique du contrat. Plutôt que de détruire, ils cherchent à adapter (30).

14. — La littérature juridique sur l'adaptation du contrat aux circonstances économiques est particulièrement abondante. Beaucoup de ses manifestations ont été mises en lumière. A côté des études sur le mouvement de la jurisprudence et de la législation, on trouve de nombreuses études sur les facteurs économiques et sociaux qui s'efforcent de lui donner les « cadres » techniques adéquats.

15. — Toutefois, peu de ces études se sont livrées à une construction d'ensemble qui mettrait un peu de cohérence dans les différentes manifestations, les différentes techniques et qui tirerait toutes les conséquences de l'évolution de leur infrastructure économique et sociale. Cela tient, à notre avis, à un double préjugé d'ordre juridique et d'ordre économique.

Le premier concerne la notion même du contrat et le rôle de la volonté. On considère comme finale une certaine conception du contrat qui a déjà fait son temps : celle de l'autonomie de la volonté. Celle-ci constitue un dogme pour les uns, un « handicap » pour les autres. En tout cas, même affranchis de cette conception, beaucoup d'auteurs ne s'en laissent pas moins influencer sans s'en rendre compte.

Le second préjugé concerne la nature et la portée des circonstances économiques de notre temps. On met l'accent sur tel ou tel fait économique sans essayer de remonter aux origines et de voir ce qu'ils ont de commun. La plupart du temps, on considère ces faits comme des phénomènes passagers, comme des « bouleversements économiques », comme des « situations exceptionnelles » destinées à disparaître.

(30) « Institutions such as property, contrat... are " neutral ", " colourless ", "empty frames", they are neither "feudal", nor "capitalist", nor "socialist" ». (*The Institution of private law and their social function*, by Karl RENNER, London, 1949, introduction by O. Kahn FREUND, p. 2.)

Celles-ci justifieraient des aménagements spéciaux et temporaires; mais ce sont là des « palliatifs » qu'il convient de limiter au strict nécessaire (31). Même lorsqu'on est avisé qu'il s'agit de phénomènes inhérents à la nature de l'économie contemporaine, on tend à conserver des solutions que seule la tradition justifie encore.

16. — Notre méthode est autre. « On ne peut être tenté de dépasser les faits, soit pour en rendre compte, soit pour en diriger le cours, que dans la mesure où on les croit irrationnels. S'ils sont intelligibles tout entiers, ils suffisent à la science comme à la pratique : à la science, car il n'y a pas alors de motif pour chercher en dehors d'eux les raisons qu'ils ont d'être ; à la pratique, car leur valeur utile est une de ces raisons (32) ». Partant de l'analyse des faits, tentant d'y discerner l'irrationnel et l'intelligible, nous entendons rendre au mécanisme contractuel son originalité, et aux circonstances économiques, d'une part leur unité et leur signification profondes et, d'autre part, leur place au sein de ce mécanisme dans ses différentes chaînes.

*
**

17. — Adaptation du contrat aux circonstances économiques : on pourrait, en vérité, hésiter sur la portée du vocable employé. Le mot adaptation est ambigu. En parlant de l'adaptation du contrat aux circonstances économiques, on pense aux *modifications* que le contrat peut, durant sa vie, requérir en raison des *modifications* économiques. Selon M. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire (33), « adapter le contrat c'est rendre les modalités de son exécution variable en fonction des circonstances économiques essentiellement changeantes ».

Cependant, cette définition de l'adaptation du contrat aux circonstances économiques nous paraît étroite. D'une part, elle met l'accent sur les bouleversements économiques qui s'inscrivent dans un « temps court » et sur ce qu'il y a d' « événementiel » dans la vie économique, plutôt que sur les transformations de l'ensemble de tout un système économique dans une durée plus longue et sur l'évolution « structurelle » de ce système. D'autre part, elle met l'accent sur la « vie » d'un contrat « individuel » qui ne crée pas de véritables rapports sociaux et où les intérêts individuels paraissent seuls en cause, plutôt que sur toute une institution de la vie économique et sociale, l'institution contractuelle, qui s'adapte à tout ce qu'il y a dans cette vie de mouvant et de changeant.

18. — Plutôt que d'observer les circonstances économiques essentiellement en elles-mêmes, nous entendons étudier ces circonstances comme

(31) A. Rouast, Rapport sur « Le respect des engagements librement consentis et le contrat dirigé », aux semaines sociales de France, 1938.

(32) Emile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 14e éd., Préface, p. IX.

(33) *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, in* « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », ouvrage collectif, Paris, 1960, p. 189.

un élément d'un système économique mobile dans le temps, qui les reflète et qui se transforme au fur et à mesure qu'elles s'accumulent. Plutôt que d'envisager tout simplement la variabilité des modalités d'exécution du contrat en fonction des circonstances économiques changeantes, la question pour nous est de savoir si les transformations économiques n'ont pas dégagé des solutions qui donnent au régime du contrat les caractéristiques les plus originales dès sa formation à son exécution.

Nous prenons donc le sujet dans un sens large : l'adaptation du contrat, dès sa formation, et dans la détermination de son contenu, au « milieu » économique.

Sans doute, la modification du contrat, en raison des modifications économiques, sera une pièce essentielle dans notre travail ; mais, désormais, elle n'apparaît pas comme un remède à une crise passagère, mais comme un aspect d'une évolution plus vaste et plus profonde, comme une pièce constitutive d'un ensemble plus solide et plus cohérent qui régit toute l'économie du contrat.

19. — Qu'est-ce que l'économie du contrat ?

On a tendance à opposer l'économie interne du contrat à l'économie générale de la collectivité et la « réglementation des rapports contractuels en fonction de l'économie interne du contrat, la réglementation des rapports pécuniaires des parties elles-mêmes » à « l'organisation d'ensemble de l'économie » que poursuit le législateur (34). Dans la première, c'est l'inégalité économique des parties qui est prise en considération, le déséquilibre économique des prestations qui est craint : il s'agit du plan individuel d'un contrat et seulement dans les cas où, pour des circonstances particulières, la liberté ou l'égalité s'y était trouvée en danger (35). Dans la dernière, c'est la réglementation de la production, la répartition, la circulation et la consommation des biens et services qui est en cause (36) : il s'agit de l'action sur les contrats dans leur masse, qui dépasse l'équilibre bipartite, par des règles nouvelles liées à la direction nationale de l'économie ou de la justice sociale ; au besoin contre l'accord et l'intérêt commun des contractants (37).

20. — On a souvent dénoncé l'opposition entre l'intérêt général et l'intérêt individuel. Toute règle de droit vise en effet la protection de l'intérêt général. L'opposition entre l'intérêt général et l'intérêt individuel est une confusion entre le but de la règle et son objet qui vise un nombre plus ou moins grand de cas. Or, eu égard au fait que l'organisation de l'économie générale vise tous les contrats de l'activité économique, il n'en est pas moins vrai qu'elle le fait par le canal du contrat, instrument de cette économie, et que cette organisation s'inscrit

(34) G. Farjat, *op. cit.*, n°s 25 et s.
(35) R. Savatier, *Les métamorphoses, op. cit.*, deuxième série, n° 13.
(36) G. Farjat, *op. cit.*, n° 25.
(37) R. Savatier, *Les métamorphoses, op. cit.*, deuxième série, n° 13.

en fin de compte en termes d'intérêts particuliers (38). « L'intérêt général n'est qu'une combinaison mobile d'intérêts contraires réalisés dans un secteur suffisamment large pour ne pas nuire à d'autres intérêts équivalents en présence (39). » Toutes les règles qui délimitent le contenu du contrat concernent l'économie de ce contrat, qu'elles aient soit un but de justice commutative dans chaque contrat particulier, soit un but de politique général, de justice distributive.

21. — Nous donnons donc à l'expression « économie du contrat » un sens large qui englobe le contenu matériel et non psychologique du contrat, ou l'opération d'échange que le contrat vise à réaliser. Dans ce sens, l'économie du contrat signifie l'équilibre, les droits et obligations réciproques que le contrat engendrera, qu'ils soient établis sur une base de justice commutative ou sur une base de justice distributive, qu'ils soient réglementés par les volontés individuelles ou par voie autoritaire dans l'un ou l'autre de ses deux termes (40).

⁂

22. — Dans les diverses branches du droit, deux groupes de techniques se distinguent nettement : un certain nombre de procédés juridiques servent à établir les règles applicables à certaines situations, et d'autres tendent à sanctionner le respect des règles précédentes. Les premières servent à délimiter ou à aménager les intérêts en cause, à dire où est le droit. Les secondes n'interviennent qu'en cas d'échec : les individus n'ont pas respecté l'ordre établi par le législateur.

Or, pendant longtemps, on tendait à séparer la « sphère » du contrat de la « sphère » de la loi : d'une part, c'est seulement hors du contrat et face à lui que la loi exerçait son pouvoir créateur de droit privé, et d'autre part, l'anéantissement du contrat qui empiète sur la sphère de la loi assurait le respect de celle-ci et la sanction de toute violation des parties dans leurs conventions contre elle.

Plutôt qu'une séparation entre le contrat et la loi, on révèle aujourd'hui une collaboration. Plutôt que de conflit, il s'agit d'une harmonie, soit dans la détermination du contenu du contrat, soit dans le sanctionnement des lois qui s'occupent de cette détermination.

S'il y a nouveauté sur le plan des techniques qui déterminent le contenu du contrat, cette nouveauté se répercute nécessairement sur le plan des techniques de la sanction.

23. — On tend à discerner dans le contrat un élément économique, un élément réel ou matériel, une équivalence naturelle, et à l'isoler de la sphère du jeu de la volonté créateur du contrat. Cet élément concerne certainement, en premier lieu, les deux contractants, dans

(38) Ph. MALAURIE, *La renonciation à un droit d'ordre public*, note D. 1954, p. 519.

(39) G. GURVITCH, *Traité de sociologie*, *op. cit.*, p. 195.

(40) Par là, nous parlons d'un contrat qui bénéficie d'une existence réelle et nous cherchons l'aménagement de ses effets, de son contenu.

la mesure où il représente un échange entre leurs deux patrimoines. Et jadis, il ne concernait que ces deux parties. C'est pour cette raison qu'il était de leur compétence de déterminer le contenu de leur contrat. Aujourd'hui, cet équilibre n'est plus seulement une affaire de « moi » et « toi ». Avec la transformation de la structure économique et sociale, chaque contrat n'est plus, dans la plupart des cas, qu'une partie d'un ensemble dont l'entité façonne la structure économique de l'Etat et, dans une période plus étendue, la structure de la société. Avec la prise de conscience de cette réalité, l'ordre juridique tend à prendre en mains l'aménagement conscient de l'économie du contrat. C'est dire que notre première tâche sera de rechercher, dans une première partie, « comment » est déterminé aujourd'hui le contenu du contrat, ce qui suppose en même temps la réponse au « pourquoi ».

24. — Si l'ordre juridique ne laisse plus cet élément matériel du contrat aux parties, il reste toujours un élément subjonctif du contrat, affaire des parties : la création même du contrat. Avec cet élément, les parties peuvent toujours méconnaître les impératifs de l'ordre juridique objectif. Il faut donc un système de sanction.

On a beaucoup répété que le régime général de la sanction du droit contractuel, que prévoit le Code civil, est celui de la nullité du contrat illicite dès sa formation et la résiliation du contrat qui le devient, durant sa vie. Plusieurs fois, le législateur et même la jurisprudence ont opté plutôt pour la modification du contrat ou plus généralement pour son « adaptation » aux exigences de la règle légale violée. Le divorce entre la nullité et la résiliation d'une part, et la nature et l'objet du nouvel ordre juridique d'autre part, est, en effet, tel qu'on s'est mis à douter du principe selon lequel la liquidation du contrat illicite est le système du droit commun pour sanctionner les règles légales en matière contractuelle.

Ce qu'exige cet ordre, ce n'est pas d'anéantir le contrat mais plutôt de le faire vivre en le pliant à ses impératifs. Or, peut-on introduire dans le système de la sanction du droit contractuel, à côté de la nullité et de la résiliation, une nouvelle catégorie qui se distingue de celles-ci par ses effets et par son fonctionnement, de sorte qu'elle soit apte à répondre aux exigences de l'ordre juridique nouveau ? C'est cela que nous entendons entreprendre dans une deuxième partie en partant de l'analyse de la nullité, de la résiliation et des caractères des règles nouvelles, tout en confrontant les résultats de cette analyse avec les données de notre milieu juridique du Code civil et en les vérifiant par l'étude des solutions du droit positif, principalement, les solutions de la jurisprudence.

PREMIERE PARTIE : *Le contenu du contrat et les circonstances économiques.*

DEUXIEME PARTIE : *Le sort du contrat et les circonstances économiques.*

PREMIERE PARTIE

LE CONTENU DU CONTRAT ET LES CIRCONSTANCES ÉCONOMIQUES

25. — « Le fait économique en soi n'est qu'une existence brute. Le droit le civilise, lui donne place dans la construction d'institutions organisées (1). » Etudier le contenu du contrat et les circonstances économiques c'est étudier comment ce contenu est structuré et organisé en fonction des circonstances variables et concrètes de l'époque.

L'attention est portée tout d'abord sur les différents facteurs économiques influant sur le contenu du contrat, sur son autonomie ou sa dépendance à l'égard du « milieu » économique dans lequel il s'installe afin de faire ressortir les grandes lignes de l'évolution qu'a exigé le régime du contenu contractuel. C'est une étude de la structure interne du contrat.

Ensuite c'est une étude concrète du régime de ce contenu du contrat, de la façon dont il répond à ces facteurs économiques : la souplesse avec laquelle les principes du droit commun peuvent y répondre, et les nouvelles techniques mises en œuvre pour remédier à la rigidité de ces principes. C'est une étude de l'organisation technique du contrat.

TITRE PREMIER : *Les circonstances économiques influant sur le contenu du contrat.*

TITRE II : *Le contenu du contrat répondant aux circonstances économiques.*

(1) H. BARTOLI, *op. cit.*, p. 40.

TITRE PREMIER

LES CIRCONSTANCES ECONOMIQUES INFLUANT SUR LE CONTENU DU CONTRAT

26. — La transformation du « climat » économique dans lequel s'installe le contrat a été accompagnée — surtout à partir du premier conflit mondial — de nouveaux phénomènes d'ordre monétaire : l'introduction du cours légal et du cours forcé. Ainsi, une grande partie de la controverse sur la relation entre le contrat et les circonstances économiques s'est concentrée autour de l'ordre monétaire.

Dans cette controverse, les différents auteurs pensent que seuls des facteurs monétaires influent sur le contenu du contrat. D'autre part, les conceptions de la monnaie en présence sont non seulement différentes, mais même souvent opposées.

Le sort du contrat a été lié ainsi au sort du principe qui gouverne la valeur de la monnaie, à savoir le principe du nominalisme monétaire : selon la force qu'on reconnaît à ce principe, se déterminent d'une part l'étendue de la liberté laissée aux parties pour aménager le contenu de leur contrat en fonction des modifications économiques et d'autre part la force obligatoire du contrat, c'est-à-dire la possibilité de modifier son contenu en raison de ces modifications.

Toutefois, les modifications de l'ordre monétaire, si importantes soient-elles, ne semblent avoir que peu d'influence sur l'organisation du contenu du contrat. Celle-ci est fonction non pas de l'ordre proprement monétaire, mais de l'ordre économique. Selon qu'il s'agit d'un ordre économique libéral ou dirigiste, l'organisation du contenu du contrat est laissée à la liberté des parties ou leur est imposée par la loi.

L'étude des facteurs économiques influant sur le contrat se ramène donc, en fin de compte, à l'étude des transformations qu'a subies l'ordre économique libéral qui était le nôtre et leurs répercussions sur l'aménagement du contenu du contrat.

CHAPITRE PREMIER : *Le contrat et l'ordre proprement monétaire.*

CHAPITRE II : *Le contrat et l'ordre économique.*

CHAPITRE III : *Les transformations de l'ordre économique libéral et leurs répercussions sur l'organisation du contenu du contrat.*

CHAPITRE PREMIER

Le contrat et l'ordre proprement monétaire.

27. — Quelles que soient les définitions qui lui sont données, le nominalisme monétaire exprime une idée simple : la stabilité dans le temps de la valeur de l'unité monétaire, dont l'expression dans le domaine contractuel est l'immutabilité du contrat.

Les fluctuations des prix étant de plus en plus un phénomène prévisible, la pratique des clauses de garanties contre ces fluctuations s'est généralisée.

De là, tout l'effort théorique s'est ramené à une controverse sur la position du principe du nominalisme monétaire, à propos de la thèse et de l'antithèse, liberté contractuelle et ordre public (2). Imprégnés du droit savant, droit de l'exégèse, partisans de la liberté et partisans de l'ordre public cherchèrent leur point de départ dans les textes législatifs. Pourtant, le progrès dans les méthodes d'interprétation du droit conduisit les deux parties à faire remonter les solutions aux considérations qui dominent l'élaboration du droit.

Toutefois, le même argument, le même texte, passait d'un camp à l'autre sans que personne puisse faire valoir définitivement son point de vue. Or, l'analyse du phénomène de la monnaie et du système monétaire semble montrer que ce système a pour objet simplement la définition de l'unité monétaire, des moyens de paiement et l'établissement de la relation entre les deux. La relation entre la monnaie et les biens et services, qui détermine le contenu du contrat, reste

(2) M. Pedamon, *La réforme monétaire de* 1948 *en Allemagne occidentale et le Droit des obligations,* Préface de M. le Professeur Carbonnier ; Carbonnier, *Le principe du nominalisme monétaire et ses limites en droit français, in* « Travaux et Conférences de l'Université libre de Bruxelles », VIII, 1960 ; *idem* R.T.D.C., 1952, Observations, p. 84.

toujours en dehors de l'ordre proprement monétaire, étant déterminée par l'ordre économique.

SECTION I : *Le principe du nominalisme monétaire étendu au contrat.*

SECTION II : *L'autonomie du contrat à l'égard de l'ordre monétaire.*

SECTION I

LE PRINCIPE DU NOMINALISME MONETAIRE ETENDU AU CONTRAT

28. — Déjà, avant que le problème monétaire soit posé dans son aspect actuel, Savigny avait prêché, en Allemagne, le valorisme monétaire (3). Ce qui intéresse les parties dans l'obligation monétaire créée par un contrat, ce qui fait l'essence de cette obligation, ce n'est pas le nombre d'unités monétaires déterminé dans le contrat, mais plus exactement son pouvoir d'achat, la valeur qu'il représente.

Depuis 1928, M. G. Hubrecht a développé ce thème en France (4). On y trouve encore des partisans de nos jours : pour M. J. Moirel (5), « le valorisme est bien évident pour le créancier : qu'il se dépouille d'un bien en nature ou qu'il prête une somme d'argent, il entend que la créance qu'il acquiert en contrepartie remplace dans son patrimoine la valeur disparue... Or, cette façon d'envisager une obligation de somme d'argent qui est la seule raisonnable est partagée par le débiteur... A moins d'être foncièrement malhonnête et d'avoir l'intention de ne pas payer, il a calculé qu'il devra se priver, pour rembourser, d'un pouvoir d'achat identique »; « n'est-ce pas une interprétation littérale particulièrement abusive (selon l'article 1156) que de considérer comme libératoire un paiement dans une monnaie ayant perdu la plus grande partie de sa valeur ? »

29. — Sans doute, la volonté des parties ne règne pas « sans partage » dans le droit. Elle doit compter avec la force « antagoniste » de la loi. La question dépend donc avant tout de la valeur attribuée par la loi à la monnaie.

L'article 1895 du Code civil français (6) dispose que « l'obligation qui résulte d'un prêt d'argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat ». Cette disposition ne rend-t-elle pas inutile

(3) SAVIGNY, *Le droit des obligations,* traduction de G. Gérardin et de P. Jozon, 1863, T. 2, p. 47.

(4) *La dépréciation monétaire et la stabilisation,* Thèse, Strasbourg, 1928.

(5) *Influence de la dépréciation monétaire sur les contrats de droit privé, in* « Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée », Paris, 1961, n° 23 et note 96.

(6) Art. 474-577 anciens C.C.E.

toute analyse de l'obligation monétaire qui vise à élever le valorisme au rang de principe général ? N'est-ce pas la consécration législative du principe nominaliste, conséquence la plus notable de la théorie de la « monnaie signe » qui avait prévalu dans l'ancien droit, surtout chez Dumoulin et Pothier, à l'encontre de la théorie valoriste antérieurement défendue par les postglossateurs et affirmée par d'Aguesseau et les physiocrates (7) ? Les lois instaurant le cours légal et le cours forcé des billets de banque en France aussi bien qu'en Egypte ne sont-elles pas des affirmations nominalistes ? « Qu'est-il besoin, d'ailleurs, de lois ? » se demande M. le professeur Carbonnier. « Le nominalisme monétaire, poursuit-il, est un principe général du droit français, c'est une coutume (8). » Est-il autre chose que la fongibilité de la monnaie dans le temps ? Cette conception éviterait les procès sur des variations insignifiantes du cours ou du poids (9).

En tout cas, le résultat pratique de ce principe est consacré par le droit commun des obligations qui interdit toute révision des contrats. Le législateur exprime de la façon la plus énergique la force obligatoire du contrat, ce qui révèle son intransigeance à cet égard (10).

Cependant, si la doctrine dans son ensemble ne conteste pas le principe du nominalisme monétaire, elle n'arrive pas à s'entendre sur la force de ce principe. Est-ce un principe impératif qui délimite le cadre dans lequel les volontés privées peuvent jouer, ou un simple principe supplétif qui ne joue que faute de stipulations contraires ?

Sous-section I : *Le nominalisme interprétatif de la volonté et le contenu du contrat.*

Sous-section II : *Le nominalisme impératif et le contenu du contrat.*

Sous-section I

LE NOMINALISME INTERPRETATIF DE LA VOLONTE ET LE CONTENU DU CONTRAT

30. — Il est banal de rappeler l'individualisme qui dominait la pensée politique, économique et philosophique à la veille de l'élaboration

(7) *Pour l'origine de l'art.* 1895, cf. G. Hubrecht, Thèse précitée, pp. 86 et s., F. Gény, *Validité juridique de la clause payable en or*, R.T.D.C., 1926, n° 9 ; J. Ph. Lévy, *Clauses d'échelle mobile et prêt d'argent*, J.C.P., 1950.I.840.

(8) *Le principe du nominalisme..., loc. cit.* Dans le même sens, J. Hamel, *Clauses d'échelle mobile et droit monétaire*, Rev. écon., 1955, p. 174.

(9) M. Vasseur, *Echelle mobile* 53, J.C.P., 1954, chr. 1 ; J. Hamel, *Cours de droit civil approfondi*, 1938-1939, pp. 216 et s.

(10) G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de Droit civil*, T. II, Paris, 1957, n°s 450 et 468 ; Ripert, note sous civ. 27-6-1927, D. 1957.J.649. Cf. M. Abdel Gawad, *La force obligatoire du contrat en droit musulman et la théorie d'imprévision en droit égyptien*, Thèse, Paris, 1957, n° 378.

du Code civil français. Celui-ci a trouvé son expression juridique dans le Code civil français et, d'après-lui, dans les codes civils égyptiens : « Les conventions... tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (11) », mais « on ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs (12) ». C'est la volonté individuelle souveraine qui est la base de l'organisation juridique. S'agissant d'une restriction à cette volonté, il est nécessaire que la loi elle-même formule cette restriction, ou du moins que celle-ci se dégage nettement des textes légaux en vigueur (13). Ainsi s'explique le fait que la réaction contre les circonstances économiques, pour y adapter le contrat, a été « une réaction de l'autonomie de la volonté (14) ».

De là, on conçoit la campagne menée en vue de réduire le nominalisme à un principe supplétif de la volonté des parties (§ 1) et de ramener le problème de l'adaptation du contrat aux circonstances économiques, à une défense de la licéité des clauses par lesquelles les parties s'efforcent de parer aux inconvénients qu'entraînerait une modification de la conjoncture économique (§ 2). Or, ce libéralisme outrancier ne semble guère résoudre le problème de l'adaptation du contrat : il laisse de côté, d'une part, tous les cas où les parties n'ont pas prévu les fluctuations économiques et, d'autre part, les exigences de l'économie nationale (§ 3).

§ 1. — Le nominalisme monétaire, principe interprétatif.

31. — Pour présenter l'article 1895 et ses correspondants égyptiens comme une règle interprétative de la volonté des parties, la doctrine libérale fait valoir que sa disposition n'a aucune allure prohibitive, en dépit de l'expression « toujours » qui semble signifier seulement « quelle que soit l'époque de l'échéance ». L'article laisse donc au moins toute liberté à l'interprétation. Or, on ne peut contester son caractère supplétif qu'en invoquant l'autorité de Pothier (15) et cela à supposer que les rédacteurs du Code civil français aient voulu le suivre. Mais il est incontestable que si l'influence de Pothier sur les rédacteurs du Code civil a été considérable, elle n'a, tout de même, été ni totale ni exclusive. Il est donc indispensable de chercher l'interprétation correcte dans la formule même du texte, à la lumière des circonstances qui ont entouré son adoption et des travaux préparatoires.

(11) Art. 1134-1 C.C.F. — Les anciens codes civils égyptiens ne contenaient pas un article analogue à l'article 1134 C.C.F., mais on était d'accord que la même solution se dégageait des principes généraux du droit égyptien. (Al Sanhouri, *La théorie du contrat*, Le Caire, 1934, n° 841.)

(12) Art. 6 C.C.F. et 95-149 anciens C.C.E.

(13) F. Gény, *loc. cit.*, n° 8.

(14) J. Carbonnier, *Le nominalisme monétaire, loc. cit.*

(15) Pothier, après hésitation, se prononça pour l'illicéité des clauses parant aux mutations monétaires ordonnées par le « Prince » dans l'ancien régime.

32. — L'article 1895 est, en effet, expressément formulé pour les espèces métalliques, ce qui s'accordait parfaitement avec les monnaies ayant cours légal à l'époque de sa promulgation. En effet, moins d'un an avant la promulgation du Code civil, la loi germinal an XI avait institué le franc, monnaie française, et l'avait défini par le poids de « cinq grammes d'argent... (16) ». Sans doute, la loi du 24 germinal an XI avait créé la Banque de France avec privilège d'émettre des billets de banque. Mais ces billets établis pour la commodité du commerce n'étaient pas jusqu'alors de la monnaie proprement dite.

Même pour la monnaie métallique les libéraux invoquent des raisons qu'ils estiment propres à démontrer que l'article 1895 ne saurait être qu'une règle supplétive. On invoque d'abord l'autorité de Portalis. Pour celui-ci, la monnaie est une marchandise qui peut être vendue à l'instar de tout autre bien et comme telle a un prix. Or, en matière de prix, on admettait alors le principe de la liberté et rien ne permet de croire que le législateur ait entendu y déroger en matière monétaire.

Ensuite, on allègue le fait que le législateur, après avoir formulé la règle de l'article 1895, écarte son application dans l'article 1896 pour le cas du prêt fait en lingots et permet, par l'article 1897, de prêter et de stipuler le remboursement d'un prêt en lingots d'or. Le législateur offrirait ainsi aux parties un moyen exprès d'échapper à la prescription principale de l'article 1895. Les libéraux en déduisent qu'il a laissé celle-ci à leur discrétion (17).

33. — Si l'on adopte cette interprétation du Code civil, le cours légal qu'a reçu définitivement le billet de banque par l'article 1er de la loi du 12 août 1870 en France, et par le décret du 2 août 1914 en Egypte, n'y changerait rien. En effet, ce cours légal ne fait qu'obliger les créanciers à recevoir ces billets dans les paiements, comme l'équivalent des monnaies consacrées par la loi. Mais il ne saurait empêcher de stipuler un règlement en l'une de ces monnaies à l'exclusion des autres (18).

34. — Quant au cours forcé édicté en France et en Egypte en 1914, toujours selon la doctrine libérale, il ne fait qu'autoriser, provisoirement, la banque d'émission à ne pas rembourser en pièces d'or les porteurs de billets de banque. Ce n'est alors qu'un moratoire concédé par la loi à la banque à l'égard des détenteurs de ses billets sur un

(16) J.-P. Doucet, *Les clauses d'indexation...*, Thèse, Paris, 1962, p. 77. Cf. A. Toulemon, *Les étapes de la jurisprudence en matière d'échelle mobile*, R.T.D. Com., 1958, pp. 697 et s.

(17) Sur l'ensemble de cette discussion : Labbé, S. 1873.1.97 ; Gény, *loc. cit.*, n° 9 ; Hubrecht, Thèse précitée, pp. 98 et s. ; J.-Ph. Lévy, *loc. cit.* ; Paul Esmein, *Le prêt d'argent avec clause d'échelle mobile*, Gaz. Pal., 1951.II, doctrine, pp. 2 et s. ; *idem, La variation du montant des sommes d'argent en fonction d'un indice économique*, Gaz. Pal., 1952.II, doctrine, pp. 2 et s.

(18) Gény, *loc. cit.*, n° 5.

plan tout à fait différent de celui du rapport entre le créancier et le débiteur, et c'est seulement sur ce dernier terrain que se pose la question des garanties conventionnelles. Si le législateur avait voulu intervenir dans le domaine des clauses sur les règlements monétaires, il aurait fait du billet de la banque la seule monnaie nationale et aurait édicté des dispositions légales nettement formulées excluant le choix des parties sur ce règlement (19).

35. — Si l'expression de l'unité monétaire en un certain poids d'or a pu entraîner l'hésitation de quelques esprits, la suppression de toute relation entre le franc et l'or par le décret-loi du 30 juin 1937, qui a créé le franc flottant, devrait amener leur adhésion à la conception libérale. Le pouvoir d'achat du franc ne peut se déterminer désormais que sur le marché comme le prix de n'importe quel autre bien (20).

§ 2. — Nominalisme interprétatif et adaptation du contenu du contrat.

36. — Rien n'empêche donc, dans le droit positif, de laisser libre jeu aux garanties conventionnelles pour parer aux conséquences fâcheuses du nominalisme monétaire. En outre, il y a des motifs d'ordre public qui militent en faveur du fondement libéral de ce principe.

37. — En effet, le « malheur » vient, justement, de l'action de l'Etat sur la monnaie.

Si l'Etat possède, dans le domaine de la monnaie, un droit régalien, il ne peut l'exercer que selon les lois économiques. Ces lois font de la monnaie une marchandise soumise aux fluctuations du commerce. Cela est vrai pour la monnaie métallique, mais il l'est aussi pour la monnaie de papier dont la valeur repose sur les éléments de richesse effective qui l'étayent.

Il est légitime, certes, de poursuivre l'application du cours forcé des billets de banque dans le cas d'une crise passagère, mais il arrive fatalement que l'Etat en profite pour réaliser un but financier : couvrir les dépenses publiques (21). Une émission de billets de banque est une création facile de monnaie, mais elle revient, en fait, à la disparition de la fortune du plus grand nombre des citoyens. Elle équivaut à un impôt avec la seule différence qu'elle entraîne le désordre et l'instabilité monétaires.

(19) GÉNY, *loc. cit.*, n° 8 ; *idem, Cours légal et cours forcé*, R.T.D.C. 1928, n°s 5 et s. ; HUBERT, S. 1930.1.41 ; H. et L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. II, n°s 876 et s. ; *idem*, R.T.D.C. 1951.IV, n° 40, 1954.IV, n° 45 et 1956.II, n° 59.

(20) Voir surtout : TRASBOT, *Clause or et valeur or et le cours légal et forcé, in* « Le Droit civil français au milieu du XX^e^ siècle », p. 171 ; HUBERT, *Observations sur la nature et la validité de la clause d'échelle mobile*, R.T.D.C., 1947, pp. 1 et s., n°s 21 et 35.

(21) F. GÉNY, R.D.T.C., 1926, *loc. cit.*, n° 18 et les ouvrages cités.

Cependant, les citoyens ont un droit naturel à un certain degré de « saine monnaie » qui reste — parmi les libertés publiques des citoyens — comme dominant l'organisation juridique. Ce droit leur permet de lutter — dans leurs relations contractuelles — contre l'instabilité qui résulte de l'immixtion de l'Etat dans le régime monétaire (22).

38. — C'est la stabilité monétaire qui permet les contrats à long terme. Or, ces contrats sont la base de l'organisation économique. « Les nécessités objectives du commerce juridique, disait Hauriou, gravitent autour de l'idée de *creditum*... de la valeur sacrifiée, par un individu, sur la foi du bon fonctionnement de la mécanique d'échange. » « Il faut, ajoutait-il, que ce sacrifice trouve sa contrepartie si l'on veut que continue la collaboration de tous en vue de la satisfaction des besoins humains, car cette collaboration repose sur la confiance et sur la bonne volonté universelles (23). »

Pour la doctrine libérale on ne peut songer à alléguer le bouleversement de l'économie du contrat pour réviser ce à quoi on s'est déclaré lié : ce serait sacrifier le principe du nominalisme lui-même (24). On ne peut pas non plus l'alléguer pour se délier du contrat ; ce qui fait l'essence même du contrat, c'est le respect absolu des engagements formulés par les parties. « Contracter, c'est prévoir. Le contrat est une emprise sur l'avenir (25). »

39. — Il faut donc, pour maintenir l'économie du contrat sur le pied de la stricte justice commutative, rechercher des conventions assez souples pour rendre le montant de l'obligation variable en fonction des circonstances économiques changeantes, ce qui ne peut être que l'œuvre des contractants eux-mêmes. C'est ce que font les clauses de garantie contre les fluctuations de la monnaie. Celui qui stipule une clause or, de monnaie étrangère ou de leur valeur, ne prétend qu'à l'exacte « valeur de remplacement » de ce qu'il a fourni, chacun des contractants se refusant à spéculer sur l'autre au gré de circonstances échappant entièrement à leur contrôle. C'est encore la fonction des différentes variétés de clauses d'échelle mobile qui font varier le montant de l'obligation suivant différentes éventualités, que les parties peuvent choisir de façon à conserver l'équilibre initialement prévu.

En effet, les clauses de garantie répondent à un besoin de l'assainissement de l'économie (26). Dans cette perspective, elles sont un moyen de pression à l'égard des pouvoirs publics, afin d'opérer le retour au mécanisme naturel de répartition et au régime économique

(22) F. Gény, R.T.D.C., 1926, *loc. cit.*, n° 17.
(23) *Principes de Droit public*, Paris, 1916, p. 187.
(24) *Infra*, n°s 235 et s.
(25) Ripert, *La règle morale dans les obligations*, 4e éd., Paris, 1949, n° 84.
(26) H. Capitant, *Les succédanés de la clause « payable en or »*, D.H., 1926, chr. pp. 1 et s.

libéral, en annihilant les maigres bénéfices que l'Etat croyait tenir du papier monnaie (27).

§ 3. — La valeur de la doctrine libérale à la lumière des données économiques.

40. — On arrive donc, dans cette doctrine, à ramener l'adaptation du contrat à la liberté de prendre les garanties qu'on croit nécessaires pour conserver l'équilibre contractuel que les parties avaient prévu. Or, en fait, ce n'est qu'un petit nombre de créanciers expérimentés, bien conseillés, voire économiquement assez forts pour pouvoir imposer ces garanties, qui auront le moyen d'échapper au bouleversement de l'économie du contrat par le changement des circonstances économiques. Mais le rôle du droit ne serait-il pas plutôt de protéger les inexpérimentés et les économiquement faibles (28) ?

41. — Ceci dit, ces garanties stipulées par certains contractants ont-elles toujours cette fonction adaptive du contrat aux circonstances économiques ?

L'expérience prouve que les clauses d'adaptation prises par les parties ne compensent pas la dégradation que les circonstances économiques font subir à l'économie du contrat. Au lieu de redresser le déséquilibre des prestations, elles peuvent l'aggraver ou, plus souvent encore, renverser son sens. La chose a été signalée souvent en ce qui concerne certaines formules d'échelle mobile soumises aux tribunaux (29). De même, la clause or ou valeur or n'empêche pas des changements dans le pouvoir d'achat d'une obligation monétaire, le niveau moyen des prix étant fonction d'autres facteurs tout à fait indépendants de l'étalon-or (30).

42. — On arrive alors — du point de vue de la justice — à une situation voisine de celle d'où on est parti avant l'adaptation ; l'appréciation de la solution appliquée dépend finalement de ses résultats. On peut ainsi faire de la clause d'indexation une clause de domination, mais cette fois une domination avec la possibilité de retarder peut-être à jamais la réalisation de l'équilibre économique.

(27) M. Vasseur, R.T.D.C., 1952, n° 17 et la bibliographie citée.

(28) Carbonnier, *Le principe de nominalisme..., loc. cit.*

(29) R. Belin, *Les index économiques dans les contrats publics et privés*, Thèse, Paris, 1942, pp. 76 et s. et p. 126 ; Trasbot, *loc. cit.* ; Carbonnier, R.T.D.C., 1951.III, p. 394 ; P. Esmein, *loc. cit.* ; M. Vasseur, J.C.P., 1954, *loc. cit.* ; *idem*, R.T.D.C., 1952, *loc. cit.*, n° 4 ; Joëlle Jean François, *L'indexation dans les contrats et les décisions judiciaires*, Thèse, Rennes, 1959, pp 21 et s. et pp. 48 et s. ; J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, *loc. cit.*, p. 219.

(30) B. Nogaro, *La clause payable en or*, R.T.D.C., 1925, p. 27.

On déplore l'ingérence de l'Etat dans le mécanisme naturel de la monnaie. Une fois cessée cette ingérence abusive, le déséquilibre devrait cesser avec elle.

Mais quel Etat peut vraiment aujourd'hui renoncer sans retour à cet instrument essentiel de politique économique qu'est l'émission de papier monnaie ?

43. — Et lorsqu'elle parle de l'adaptation du contrat aux circonstances économiques, la doctrine libérale ne semble-t-elle pas raisonner comme si le contrat se trouvait en dehors de ces circonstances ? Or, le marché économique est-il autre chose que la somme des contrats qui le modèlent directement ? Les clauses d'adaptation, à mesure qu'elles se généralisent, n'exercent-elles pas une influence certaine sur la conjoncture économique ? N'entretiennent-elles pas les fluctuations de celle-ci et n'en créent-elles pas de nouvelles (31) ?

Certes, on a observé que la garantie conventionnelle ne bénéficiait qu'à un petit nombre de créanciers expérimentés. Mais n'arrive-t-on pas, de plus en plus, et surtout avec le mouvement d'association — déjà lancé pour vaincre les déséquilibres économiques — à faire le jeu de l'autonomie de la volonté ?

44. — Que reste-t-il à la base de cette vision libérale ? Le juste ? L'économique ? Au fond, une idéologie qui ne voit dans la monnaie qu'une marchandise et dans la liberté que le seul moyen rationnel de l'organisation économique, qui semble croire que toute orientation de l'économie est mauvaise en soi. Cet aspect de la philosophie individualiste s'accorde-t-il avec la philosophie sociale et l'avènement d'un ordre collectif qui semble primer le XX^e^ siècle (32) ? C'est ici le nœud du problème aux yeux de la doctrine qui milite en faveur d'un nominalisme monétaire d'ordre public.

Sous-section II

LE NOMINALISME IMPERATIF ET LE CONTENU DU CONTRAT

45. — Les codes civils sanctionnent les conventions entre les particuliers. Or, c'est le fait que celles-ci soient « légalement formées » qui leur donne une force obligatoire. Cette prémisse a attiré l'attention des juristes qui mettent en lumière les nouvelles données philosophiques, économiques et sociales du XX^e^ siècle. En effet, ces données trouvent leur formulation légale dans la notion d'ordre public et de bonnes mœurs consacrée par les codes (33).

(31) J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, *loc. cit.*, p. 219.

(32) M. Vasseur, R.T.D.C., 1952, *loc. cit.*, n° 17 ; Carbonnier, *Le principe du nominalisme monétaire... loc. cit.*

(33) Art. 6 C.C.F., art. 95-149 anciens C.C.E.

Ces prémisses étant admises, l'importance du mot « monnaie », dans lequel tout, dans notre civilisation juridique, s'exprime (34), ne donne-t-elle pas une base impérative au principe du nominalisme monétaire ? Il résulte directement des textes et des principes du droit positif, qu'il ne sera tenu compte dans les paiements que de la valeur nominale de l'unité monétaire. Cela n'implique-t-il pas que, dans l'évaluation d'une prestation, on ne tienne compte que de cette valeur nominale quelles que soient les stipulations contraires des parties ?

Et si l'Etat intervient dans le mécanisme de la monnaie, s'agit-il d'autre chose que d'une orientation réfléchie et voulue par l'Etat de « la politique économique et sociale du pays, en usant de l'inflation ou de la déflation comme d'un stimulant ou d'un frein de la conjoncture, ou même en opérant par la dépréciation de la monnaie, un transport de richesse d'une classe à une autre, des créanciers aux débiteurs (35) ? ».

Pour construire cette conception sur une base juridique solide, il a fallu que cette doctrine, d'une part, démontre le caractère d'ordre public du nominalisme monétaire dans l'ensemble des textes législatifs (§ 1) et, d'autre part, dégage les solutions qui en découlent pour l'adaptation du contrat (§ 2). Or, de telles solutions semblent insuffisamment conscientes de la nature des fluctuations économiques (§ 3).

§ 1. — Le nominalisme monétaire, principe impératif.

46. — Sous l'Ancien régime, en France, il y avait deux sortes de monnaie : l'une, monnaie réelle ou de paiement, et l'autre, monnaie nominale ou de compte. A la Révolution, la loi germinal, pierre angulaire du système monétaire français, a délibérément confondu les deux sortes de monnaie. Cette loi a introduit comme monnaie de paiement aussi bien que comme monnaie de compte, le franc, qui s'exprime indistinctement en un certain poids d'or, ou en un certain poids d'argent. Personne ne conteste le caractère d'ordre public de cette disposition (36).

47. L'article 1895 vient, moins d'un an après la loi germinal, pour lui donner plus de précision. Cet article dispose, dans des termes impératifs, que l'emprunteur ne doit rien que le nombre d'unités monétaires qui avait été fixé dans le contrat de prêt, alors même que par suite d'une « augmentation ou diminution d'espèces » la quantité de métal payée se trouvait supérieure ou inférieure à celle qui avait représenté la somme lors de la conclusion du contrat. L'article fait donc une identification complète des instruments monétaires à

(34) J. Carbonnier, *Droit civil*, T. II, Paris, 1959, n° 5, p. 10.
(35) J. Carbonnier, *Droit civil*, T. II, Paris, 1959, n° 5, p. 10.
(36) B. Nogaro, *loc. cit.*, p. 10 ; *idem*, *Les principes fondamentaux du droit monétaire français*, R.T.D.C., 1929, p. 949.

travers le temps, nonobstant leur poids de métal. La raison d'être de cette précision ne peut être trouvée que dans la loi germinal et dans l'histoire monétaire.

48. La loi germinal, par son caractère d'ordre public, interdit tout dédoublement de l'unité monétaire. On peut ainsi dire que le législateur a entendu par l'article 1895 se réserver la possibilité de modifier le poids de métal de l'unité monétaire, vraisemblablement pour modifier le rapport légal entre l'or et l'argent, sans risquer d'être paralysé par des conventions privées (37).

Ainsi, la disposition a été mise en termes impératifs qui correspondent à l'enseignement tiré des manipulations de l'Ancien régime et de la débâcle des assignats. Mais elle ne correspond pas moins à la pensée traditionnelle que soutenait déjà Pothier dont l'influence sur les rédacteurs du Code civil est bien connue (38).

Peu importe que les articles 1896 et 1897 prévoient explicitement un remboursement en lingots et, pour ainsi dire, un moyen légal de tourner le principe défendu. Dans cette hypothèse, le remboursement sera fait en lingots de même poids et titre, ce qui exclut encore la question de choix entre plusieurs monnaies (39).

En somme, la loi du 11 germinal défend le dédoublement de l'unité monétaire. L'article 1895 affirme le même principe en obligeant l'acceptation des espèces pour le nombre d'unités monétaires qu'elles représentent et non pas pour leur poids de métal. C'est aussi là, la signification des articles 444, 577 des codes civils égyptiens qui ne font que reproduire ces dispositions (40).

49. — Si le législateur vient ensuite donner aux billets de banque le cours légal en obligeant de les recevoir dans les paiements pour une valeur égale à celle d'une espèce monnayée, d'or ou d'argent, équivalente au même nombre d'unités monétaires, il exprime suffisamment son intention de les intégrer dans le système monétaire, comme une autre forme de l'unité monétaire, à côté de l'or et de l'argent. Le législateur exclut désormais tout choix entre les billets de banque et les autres instruments monétaires. Il en résulte que toute convention comportant ce choix doit être considérée comme illicite du point de vue de la logique juridique (41).

(37) B. Nogaro, R.T.D.C., 1925, *loc. cit.*, p. 12 et s. ; C. Stoyanovitch, *De l'intervention du juge dans le contrat en cas de circonstances imprévues*, Thèse, Aix, 1941, pp. 259 et s.

(38) H. Capitant, *loc. cit.*

(39) B. Nogaro, R.T.D.C., 1925, *loc. cit.*, pp. 13 et s., conclusions de M. le Procureur général Besson dans l'affaire Guyot c. Praquin, 1957, J.C.P., 1957.II, 10093 *bis*, n° 82.

(40) A. Al. Sanhouri, *op. cit.*, pp. 511 et s., n° 2.

(41) B. Nogaro, R.T.D.C., 1925, *loc. cit.*, p. 10 ; *idem*, R.T.D.C., 1929, *loc. cit.* ; Ripert et Boulanger, *Traité, op. cit.*, n° 1591 ; Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, n° 8 ; Al. Sanhouri, *op. cit.*, pp. 511 et s.

En effet, si la question ne s'est pas posée sur le plan pratique avant l'introduction du cours forcé, c'est parce que les billets de banque étaient convertibles en leur équivalent des pièces métalliques. Elles étaient des biens, de la même valeur que l'or qu'elles représentaient, ce qui rendait tout choix inutile entre elles et les instruments métalliques, à moins que ce ne soit pour des raisons de commodité (42).

L'introduction du cours forcé a ouvert la porte aux clauses comportant ce choix, et a, pour ainsi dire, révélé le caractère impératif du nominalisme monétaire. Les billets de banque n'étant plus convertibles en or équivalent au nombre d'unités monétaires qu'ils représentent, ils ont cessé d'être un bien comme l'or, ce qui a donné libre cours à la dépréciation de leur valeur (43).

§ 2. — Nominalisme impératif et adaptation du contenu du contrat.

50. — Dès l'introduction du cours forcé, la doctrine analysée tient pour acquise l'illicéité des clauses dites monétaires, c'est-à-dire la clause or, valeur or, monnaie étrangère et valeur monnaie étrangère, par opposition aux clauses dites économiques considérées généralement comme illicites.

51. — De même, on a aperçu très tôt la relation entre les clauses monétaires et les clauses d'échelle mobile. Les mouvements des prix en hausse et en baisse sont certainement de nature à justifier l'emploi de ces dernières dans les contrats à long terme, même dans un système monétaire à étalon d'or. Mais l'instauration du cours forcé étant acquise, l'adoption des clauses d'échelle mobile peut aussi constituer un moyen d'obtenir des résultats pratiques analogues à ceux obtenus par les clauses monétaires. Pour les uns, ce fait même d'entraîner des conséquences semblables à celles des clauses monétaires devrait entraîner illicéité pure et simple des clauses d'échelle mobile (44). Pour les autres (45), elles ne paraissent pas tomber, du moins directement, sous le coup de la législation monétaire en vigueur même après le cours forcé, l'unité monétaire étant encore définie par un poids de métal. C'est l'avènement du franc flottant qui les rangera à côté des clauses monétaires sous le coup de la même illicéité. La distinction entre les clauses d'échelle mobile et les clauses monétaires perd sa signification profonde, lorsque en 1937, le franc fut juridi-

(42) M. Vasseur, *L'indexation à l'étranger*, Rev. écon., 1955, pp. 319 et s.

(43) H. Capitant, *L'effet de la suppression du cours forcé sur les clauses de paiement en or ou en monnaie étrangère*, D. 1928, chr. 26, p. 53 ; *idem*, D. 1928. I.25.

(44) Notamment, Carbonnier, R.T.D.C., 1952, p. 84 ; Hubert, R.T.D.C., 1947, *loc. cit.*

(45) B. Nogaro, R.T.D.C., 1925, *loc. cit.* ; *idem*, R.T.D.C., 1929, *loc. cit.* ; G. Farjat, *L'ordre public économique*, *op. cit.*, n° 188.

quement détaché de l'or ; depuis ce jour, le franc ne peut être défini que par son pouvoir d'achat (46). « En effet, dit M. Vasseur, l'insistance à présenter le franc... (dans le décret-loi du 30 juin 1937) comme étant l'unité monétaire française, ne peut pas ne pas forcer l'attention... Elle témoigne que l'unité monétaire française... (est) le franc en tant que tel... unité... idéale, ou si l'on préfère fictive. La fixation consiste à permettre... que ce ne soit pas la valeur... du franc qui baisse, mais (autour d'elle c'est) la valeur des choses qui augmente (47)... »

52. — A la vérité, ces nuances tiennent à la peine qu'éprouve cette doctrine dirigiste pour faire la liaison entre les conséquences du nominalisme impératif et le droit commun du contrat. Le contrat est une sorte de « mécanisme clos » fait de la réunion de plusieurs pièces constitutives. Les éléments qui lui donnent sa structure élémentaire sont : le consentement, l'objet et la cause. Par quel « canal » donc l'illicéité de ces clauses pénètre-t-elle le mécanisme contractuel ? C'est toujours, affirme la doctrine dominante, par le tabou de l'objet illicite et de la cause illicite (48).

53. — Tant qu'il s'agissait de la clause or ou de ses assimilés on n'éprouvait pas de peine à utiliser la notion d'objet illicite pour les condamner. La loi interdit tout dédoublement de l'unité monétaire, sous quelque forme quelle soit. La clause or et les clauses assimilées ne font qu'adopter une monnaie de compte autre que l'unité monétaire. Ces clauses ont donc un objet illicite.

54. — Mais dès qu'il s'est agi des clauses d'échelle mobile, on se sentait moins à l'aise en disant que la clause a un objet illicite. En effet, la clause ne fait que déterminer le montant de l'obligation monétaire, en fonction du prix d'une ou de plusieurs marchandises, ce qui exclut toute référence à une autre monnaie que l'unité monétaire nationale. L'objet de la clause est donc licite (49). Ce qui peut être reproché aux contractants ce n'est pas l'objet de la clause mais leur *intention* d'échapper aux conséquences de l'équivalence que la loi établit entre les diverses monnaies. Ainsi, on s'est tourné vers la notion de cause illicite à laquelle on n'a pas manqué de trouver des appuis.

Ainsi, chaque fois que se présente la mise en œuvre du nominalisme monétaire, il suffit de chercher l'intention des contractants et d'en apprécier la moralité (50). Plusieurs indices peuvent la révéler : les termes mêmes du contrat, les circonstances qui ont entouré sa formation et, plus généralement, en l'absence de référence expresse à la valeur de

(46) M. Vasseur, R.T.D.C., 1952, *loc. cit.* ; Besson, *loc. cit.*

(47) M. Vasseur, *Echelle mobile* 53, *loc. cit.*

(48) Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, n°s 95 et 115.

(49) Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n°s 108 et 111.

(50) Ripert, D. 1951.J., p. 401 ; Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n°s 102, 310 et s., 1591 et s., et 1959 ; *Droit et morale*, T. II, 1954, p. 261.

la monnaie, cette intention peut être déduite de l'indice choisi ou du caractère unilatéral de la clause (51). Tant qu'on ne peut pas découvrir une telle intention, force est de déclarer la licéité de la clause, celle-ci étant alors admise pour la seule protection du créancier contre les fluctuations purement *économiques.*

§ 3. — La valeur de la doctrine dirigiste à la lumière des données économiques.

55. — En fait, la fortune de toutes les clauses est liée à la dépréciation de la monnaie. S'il n'en est pas ainsi, pourquoi la pratique les aurait-elle si longtemps ignorées ? Que révèle donc de plus la rédaction de la clause ou sa non-réciprocité ? Dans la mesure où on ne condamne pas les clauses non monétaires, on présume licite l'intention d'éviter les conséquences des fluctuations économiques. Or, cette intention est attribuée aux contractants suffisamment habiles pour ne pas laisser transparaître d'autres buts (52).

La recherche de l'intention devrait donc conduire à proclamer, purement et simplement, l'illicéité de toutes les clauses, tant qu'on tient pour acquis l'illicéité des clauses qui visent à soustraire les contractants aux conséquences de la dépréciation de la monnaie. Cette illicéité de la clause monétaire est fondée sur celle de la cause au sens du motif déterminant.

56. — Cependant, la doctrine paraît de plus en plus d'accord pour dire que la cause qui constitue un élément de la structure du contrat n'est pas autre chose que l'équivalent voulu par les contractants. Ripert, lui-même, le défenseur farouche de la cause motif déterminant, arrive à la tirer « de l'économie du contrat » au moins pour les actes à titre onéreux, « ce qui a pour effet d'empêcher toute investigation psychologique (53) ».

Dès lors, le contrat contraire à l'ordre public possède tous les éléments nécessaires pour sa formation sans que l'on puisse rien reprocher à chacun de ses éléments pris isolément. La justification de l'illicéité ne peut donc se trouver que dans le fait que « la situation juridique globalement envisagée (54) » ou le résultat auquel elle aboutit sont indésirables.

C'est donc le résultat pratique de la clause qui peut justifier son illicéité. Ainsi, M. J.-Ph. Lévy n'a pas hésité à écrire, à ce propos : « En matière d'ordre public, l'intention n'a d'ordinaire qu'un rôle assez

(51) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 878.

(52) M. VASSEUR, R.T.D.C., 1952, *loc. cit.* ; HAMEL, *Rev. écon.*, 1955, *loc. cit.*, p. 179 ; FARJAT, *op. cit.*, n° 196 ; MAZEAUD, R.T.D.C., 1951.IV, n° 40, p. 522.

(53) *Traité, op. cit.*, n^{os} 292 et s.

(54) M. J. RUSTAN, *Le fondement de la force obligatoire du contrat*, Thèse, Montpellier, 1949, p. 74.

restreint. L'ordre public est troublé par des faits, par des actes, par des résultats, non par des intentions (55). »

Section II

L'AUTONOMIE DU CONTRAT A L'EGARD DE L'ORDRE MONETAIRE

57. — Pendant bien longtemps la monnaie n'attira pas l'attention particulière des juristes. C'était, pour eux, un bien comme les autres permettant d'acquérir indifféremment toutes sortes de biens en échange. Mais voici que, avec les transformations qui ont accompagné le développement du capitalisme, surtout depuis la guerre de 1914, la monnaie occupe une place de plus en plus grande dans les recherches juridiques.

Or, à cet égard, *l'analyse économique* et *l'analyse juridique* du phénomène monétaire semblent aboutir à la même conclusion : la monnaie est neutre à l'égard des modes de détermination du contenu de l'obligation. Le contenu du contrat se détermine non pas en fonction du régime monétaire mais exclusivement en fonction des dispositions du régime contractuel.

Sous-section I : *Les données économiques et la séparation entre l'ordre monétaire et le conteun de l'obligation monétaire.*

Sous-section II : *Les données juridiques et la séparation entre l'ordre monétaire et le contenu de l'obligation monétaire.*

Sous-section I

LES DONNEES ECONOMIQUES ET LA SEPARATION ENTRE L'ORDRE MONETAIRE ET LE CONTENU DE L'OBLIGATION MONETAIRE

58. — Habituellement, dans la littérature, tant économique que juridique, on traite la monnaie du point de vue de ses fonctions. Ces fonctions, une fois connues, on croit avoir saisi l'essence de la monnaie (56).

(55) J.C.P., II, 1952, 7129. Dans le même sens, Ponsard, *Encycl. civ.*, Dalloz, Paiements ; M. Fréjaville, *Les clauses d'échelle mobile*, D. 1952, chr. VIII ; Hubert, R.T.D.C., 1947, p. 1 ; Belin, *op. cit.*, pp. 33 et s.

(56) L'économie politique assigne trois fonctions à la monnaie : intermédiaire des échanges, mesure des valeurs et réservoir des liquidités. Ces trois

Cependant, toute définition fonctionnelle aboutit à ce que la monnaie soit un moyen de paiement ; or le moyen de paiement présuppose la monnaie. Pour sortir de ce cercle vicieux, on a recours à deux conceptions de la monnaie : la monnaie dans laquelle s'exprime l'obligation monétaire et la monnaie dans laquelle s'exécute cette obligation. Le métal en soi ou le papier ou un avoir scriptural quelconque n'acquièrent le caractère de monnaie que parce qu'ils représentent des unités monétaires intelligibles en dehors de la matière intrinsèque de ces instruments, unités telles que la livre, le franc, etc. (57) (58).

Or, qu'il s'agisse de l'unité monétaire (§ 1) ou de la monnaie conçue comme moyen de paiement (§ 2), l'analyse révèle que ces deux éléments n'interviennent pas dans la détermination du contenu

fonctions se traduisent par autant de fonctions juridiques : la monnaie est moyen de paiement, instrument d'évaluation et objet de propriété. (CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, n° 8, J. HAMEL, *Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie*, Mélanges Sugiyama, 1940, pp. 83 et s., G. CRAWTHER, *An outline of money*, London, 1944, pp. 8-L5.)

Cependant dire que la monnaie est un moyen de paiement implique une *petitio principii :* le paiement est la décharge d'une obligation monétaire ; or l'obligation monétaire n'est qu'une obligation de payer de la monnaie (K. OLIVECRONA, *The problem of the monetary unit*, Stockholm, 1957, pp. 12 et s., 18 et s., et 147-149 ; NUSSBAUM, *Money in the law*, 2e éd., 1950.II). Dire que la monnaie est un instrument d'évaluation ou encore objet de propriété implique la même idée de moyen de paiement ; aucune monnaie ne peut être instrument d'évaluation ou objet de propriété sans être en même temps un moyen de paiement. En effet, évaluer n'est que fixer le prix actuel ou potentiel qui n'est qu'un élément dans le processus d'échange des biens et services contre la monnaie. De même, plus la monnaie peut servir comme moyen de paiement et plus elle peut être objet de propriété ; la monnaie n'est un objet de propriété que parce qu'elle peut être échangée contre des biens et services. (M. LELART, *Les fondements actuels de la valeur de la monnaie*, Thèse, Paris, 1962, p. 5.)

(57) OLIVECRONA, *op. cit.*, p. 68.

Les auteurs sont aujourd'hui pratiquement unanimes à admettre que la création primaire de la monnaie est la monnaie en tant qu'unité dans laquelle s'exprime l'obligation monétaire. « La monnaie, dit Denzet, n'est pas d'abord le bien de change ; c'est le bien en lequel on exprime les prix de tous les autres. » (« La monnaie », *Dictionnaire économique et social*, 1960, Section D, 2e partie, cité par M. LELART, Thèse précit., p. 3 ; dans le même sens, OLIVECRONA, *op. cit.*, p. 131.) Cela se comprend aisément pour l'économie d'échange ; mais elle n'est pas moins sûre pour l'économie du troc. L'échange de deux biens impose une comparaison entre eux. A défaut d'unité monétaire spécifique, chaque bien joue son rôle à l'égard de l'autre (F. SIMIAND, *La monnaie, réalité sociale*, Annales sociologiques, série D, 1934).

(58) Ainsi, on relève dans la littérature moderne une concordance dans l'usage du terme monnaie de compte et monnaie de paiement. Mais cet usage ne passe pas sans beaucoup de confusion que révèle l'usage habituel du terme monnaie tout court.

Quelquefois, on emploie l'expression monnaie de compte en opposition au terme monnaie, qui désigne le moyen de paiement.

Quelquefois, on parle de monnaie tout court dans le sens de monnaie de compte, en opposition au moyen de paiement.

Et enfin quelquefois, tout en étant conscient de la distinction, on emploie le terme monnaie pour désigner l'une et l'autre (OLIVECRONA, *op. cit.*, p. 78).

de l'obligation monétaire. Dès lors, le nominalisme monétaire ne devrait plus intervenir dans la détermination du contenu du contrat (§ 3).

§ 1. — L'obligation monétaire et l'unité monétaire.

59. — On conçoit une obligation monétaire en terme d'unités monétaires. On mesure les valeurs des objets avec de telles unités. Dans un cas comme dans l'autre, se pose le problème de la signification de l'unité monétaire.

Ce problème a été posé dans sa forme la plus sérieuse quand le système monétaire a cessé d'être fondé sur une base métallique par l'établissement de l'inconvertibilité du papier monnaie ou, en d'autres termes, quand le crédit commença à lui servir de base. A ce moment seulement on a commencé à se poser la question : Qu'est-ce que l'unité monétaire dans laquelle s'expriment les obligations monétaires et les valeurs ?

Plusieurs tentatives ont été faites pour découvrir quelque chose de concret correspondant à l'unité monétaire (A) ; mais l'unité monétaire n'est pas qu'une « forme » de « l'engagement monétaire » défini par l'Etat (B).

A. — A LA RECHERCHE DE L'ESSENCE DE L'UNITE MONETAIRE

60. — Tant que régnait le régime métallique, où l'on concevait la monnaie comme une marchandise, on identifiait l'unité monétaire à une certaine quantité de métal (59). Il est évident qu'une telle conception perd tout son sens dans un régime de papier inconvertible. Mais elle n'est vas moins fausse, en effet, dans un régime de « Gold Standard ».

Il y a longtemps, Savigny (60) faisait remarquer que cette théorie, « n'est, à proprement parler, applicable qu'au prêt et ne l'est pas à toutes les obligations. Pour le prêt, on peut dire avec quelques apparences de raison que le débiteur doit rendre le même poids d'or ou d'argent que celui que le prêteur lui avait procuré. Dans les autres obligations, comme par exemple dans la vente, *il n'y a aucun fait antérieur* auquel on puisse rattacher le maintien de la valeur métallique pour en faire l'objet de l'obligation de l'acheteur, à moins, toutefois, que celui-ci n'ait promis le paiement d'un certain nombre de pièces de monnaie d'une espèce déterminée. Mais dans un cas de ce genre, il n'y a plus une dette d'argent pure et simple... ».

(59) Du point de vue de la théorie métallique, il n'y a qu'une seule sorte de monnaie. On ne distinguait pas entre monnaie de compte et monnaie de paiement. Les obligations sont supposées exprimées en une quantité de métal, et le paiement effectué avec la délivrance de la même quantité.

(60) *Op. cit.*, p. 60.

En effet, sous un tel régime, le moyen légal de paiement n'était pas le métal comme tel, mais le métal sous forme de pièces authentifiées par la loi comme moyen légal de paiement. On dit que même la monnaie d'or est chartaliste. Dans un régime métallique, les obligations monétaires sont exprimées en unités monétaires et non pas en quantités de métal, exactement comme de nos jours. Elles sont déchargées par moyens légaux de paiement, tout comme aujourd'hui, avec la seule différence que ces moyens étaient fabriqués en métal et qu'ils le sont aujourd'hui en papier légal.

61. — Pour s'adapter à la situation issue de l'abandon de la convertibilité, cette théorie a pris une nouvelle forme. L'unité monétaire n'est pas une quantité de métal, mais la valeur de cette quantité. Mais on n'a pas manqué de remarquer qu'en fonction de la relation gardée entre l'unité monétaire et le métal, ce n'est pas la première qui se définit par le second, mais au contraire, c'est le prix du métal qui se détermine en termes d'unités monétaires (61).

On a remarqué qu'une telle conception cache en effet une aspiration idéologique qui n'a rien de commun avec la rigueur logique : elle découle d'un désir de garder stable le pouvoir d'achat de la monnaie en écartant le phénomène monétaire du domaine de la politique de l'Etat. Mais ce désir louable en soi ne peut soutenir une conception scientifiquement erronée. Il faut plutôt discuter ce désir sur son propre terrain (62).

62. — Même libérée de ce préjugé idéologique, on ne se libère pas facilement de l'histoire monétaire. Le métallisme a une importance historique telle qu'on trouve une difficulté intellectuelle à concevoir l'unité monétaire autrement que rattachée, au moins indirectement, à une quantité de métal ou à un certain pouvoir d'achat.

Knapp part du fait que c'est l'Etat qui crée l'unité monétaire. Chez lui, pour définir l'unité monétaire, il faut chercher ce que l'Etat entend par cette unité. Or, l'unité monétaire est toujours définie à travers la référence à une autre unité ancienne qui est elle-même définie par une troisième plus ancienne et ainsi jusqu'à ce qu'on arrive à un stade où l'unité se trouve basée sur une quantité de métal. De cette façon, la difficulté intellectuelle de se représenter l'unité monétaire sans existence physique n'a plus sa raison d'être (63).

En effet, concevoir l'unité monétaire d'une telle façon, ce n'est que se représenter l'unité monétaire comme l'expression du « volume des paiements », de sorte que la définition de l'unité monétaire se trouve encore basée sur le concept de paiement. Or, pour Knapp lui-même, le moyen de paiement n'est rien d'autre que porteur d'unités monétaires. On tombe alors dans un cercle vicieux (64).

(61) OLIVECRONA, *op. cit.*, pp. 81 et s.
(62) *Ibid.*
(63) *Idem*, pp. 91 et s.
(64) NUSSBAUM, *op. cit.*, 14 ; MANN, *The legal aspects of money*, p. 45.

63. — Enfin, on a tenté d'identifier l'unité de valeur avec son pouvoir d'achat supposé. Une version subjonctive se réfère à un pouvoir d'achat qui se trouve dans l'esprit des individus et que ceux-ci dégagent des prix qui leur sont connus. Une seconde, objective, parle d'un pouvoir d'achat déterminé.

Les deux versions n'aboutissent pas moins au cercle vicieux. Dans les deux formules, la définition est basée sur le concept du prix. Or, dans chaque acte d'échange, l'existence de l'unité est présupposée et l'engagement de payer un certain nombre d'unités monétaires n'est que le moyen d'acquérir le bien ou le service échangé. Définir l'unité à l'aide de la notion du pouvoir d'achat est un retour à la confusion entre l'unité et le moyen de paiement. La valeur ou le pouvoir d'achat dépend en effet de la disponibilité des moyens de paiement. Quant à l'unité monétaire, elle n'entre en scène que comme l'unité en fonction de laquelle les prix sont fixés (65).

B. — L'UNITE MONETAIRE, « FORMULE » DE L'ENGAGEMENT MONETAIRE

64. — Toutes les tentatives pour trouver un élément précis correspondant à l'unité monétaire ont donc échoué. Ce n'est certainement pas un certain poids de métal ou la valeur d'un certain poids de métal. Ce n'est pas non plus un certain pouvoir d'achat subjectif ou un certain pouvoir d'achat objectif. De là la position prise par la théorie monétaire moderne : l'unité monétaire, « c'est avant tout un mot, le nom monétaire... (66) ». Or, dire que l'unité monétaire est un simple mot, c'est dire qu'elle est « le néant ».

S'engager à payer un certain nombre d'unités monétaires est donc un engagement à payer « le néant ». C'est cette absurdité qui, peut-être, a empêché de déclarer que l'unité monétaire est « le néant » en se contentant de dire que le franc est le franc, la livre est la livre.

65. — En effet, il n'est pas nécessaire, pour se représenter une obligation monétaire, de trouver derrière elle une chose dans le monde des réalités concrètes. Le débiteur qui a promis de payer le « néant » ne s'est pas moins mis dans une « situation de contrainte » et c'est là l'essence même de l'obligation (67). L'Etat ne fait donc que mettre à la disposition du commerce juridique une certaine forme de l'engagement monétaire, et c'est ce qu'il fait en déterminant l'unité monétaire. Il lui confère une réalité en la proposant à l'imagination de chacun (68).

Mais il ne suffit pas que l'Etat donne les formes de l'engagement. Il faut qu'il mette aussi à la disposition du débiteur les moyens de s'en décharger.

(65) *Idem*, pp. 107 et s.
(66) CARBONNIER, *Droit civil*, *op. cit.*, n° 5.
(67) OLIVECRONA, *op. cit.*, pp. 22 et s.
(68) M. LELART, Thèse précitée, pp. 300 et s.

§ 2. — L'obligation monétaire et les moyens de paiement.

66. — L'aspect le plus étonnant de l'histoire de la monnaie est peut-être la dématérialisation progressive des moyens de paiement (69).

Qu'on le justifie par des raisons de commodité d'après Aristote, ou par les idées religieuses d'après les recherches modernes, seuls les métaux précieux étaient pendant longtemps employés comme moyens de paiement. Que l'Etat soit intervenu pour authentifier les moyens de paiement, on l'interprétait comme une certification de poids et de finesse du métal que contenaient ces moyens. Certes, les besoins de la pratique ont imposé la frappe de moyens de paiement en métal d'une valeur marchandise insignifiant comme représentants de la monnaie métallique ; mais ces moyens n'étaient considérés que comme substitut de cette monnaie, étant donné qu'ils étaient convertibles en métal précieux.

67. — Le développement de l'activité économique avec le capitalisme a développé pareillement une autre variété de moyens subsidiaires : les billets de banque. A la vérité, ces billets étaient des promesses faites par la banque dans laquelle on déposait une quantité de métal précieux, de délivrer une même quantité sur demande. Dans la deuxième moitié du dix-septième siècle, ces promesses ont commencé à circuler comme moyens de paiement (70).

Avec la première guerre mondiale, et vu l'immense quantité de billets qu'on leur présentait chaque jour, il était devenu impossible aux banques de rembourser tous ces billets. L'Etat les dispensa de cette obligation par la force de la loi qui interdisait la convertibilité des billets, et ces billets n'ont pas moins rempli parfaitement leur fonction de moyen de paiement.

Il est probable que les crises qui ont accompagné la première moitié du XX^{e} siècle et l'immense volume d'activité économique du monde moderne aient mis fin à jamais à la convertibilité.

(69) On fait remonter ce processus continu au moment où la monnaie métallique commençait à circuler selon le nombre et non pas selon le poids. Le phénomène s'est accentué jusqu'à substituer à la substance de la monnaie la simple croyance de la société protégée par la loi. Les billets ont remplacé les monnaies métalliques. Plus importante peut-être fut la réduction des « Corpa » (métal et papier) pour jouer un rôle subsidiaire, avec l'émergence de la monnaie scripturale comme le plus important moyen de paiement.

(70) Mais à partir du moment où ces billets ont été issus d'une quantité qui dépassait la quantité de métal déposé à la banque, ils cessèrent d'être un substitut exact de ce métal. Ils dépendèrent de la confiance en leur remboursement par la banque. La banque était en fait capable d'effectuer ce remboursement, étant donné qu'elle gardait toujours le métal nécessaire à la conversion des billets qui se présentaient à elle, dans les conditions normales.

Les billets ne sont donc plus aujourd'hui uniquement des représentants des moyens de paiement. Ils sont directement ces moyens (71). Quelle est donc leur nature ?

68. — Au commencement de ce siècle, Knapp a fait la théorie de ces moyens dans sa conception chartaliste de la monnaie. Il a rejeté l'identification des moyens de paiement avec le métal en définissant la monnaie physique, et en premier lieu la monnaie métallique, comme des pièces, des choses *légalement validées* comme moyens de paiement. Le matériau utilisé dans sa fabrication est sans importance. La chose la plus importante est le cachet que ces pièces portent. Ce cachet reçoit sa force de la loi qui lui confère le caractère de moyen de paiement (72).

La base du système monétaire doit donc être cherchée non pas dans le matériau dont sont faits les moyens de paiement, mais dans la loi qui réglemente leur emploi.

69. — Cette conception reste-t-elle valable avec l'avènement de la monnaie scripturale qui n'est plus matérialisée que par les écritures et non pas par des pièces de métal ou des billets de banque ?

On a démontré que les billets de banque ont perdu leur caractère de dettes à l'égard des porteurs. Par contre, la monnaie scripturale représente de véritables créances sur la banque. Cela est toujours vrai pour les avoirs que les banques commerciales confèrent à leurs clients. Mais les avoirs de ces banques à la banque centrale ne sont pas des dettes dans le sens habituel de ce mot, tant que cette banque n'est pas dans une « situation de contrainte » envers les banques commerciales. La contrainte de la banque centrale se trouve seulement, en effet, dans les principes qui réglementent son action (73).

En effet, la monnaie scripturale est un *substitut* des moyens de paiement, comme les billets l'étaient avant de devenir de vrais moyens de paiement. La règle générale est que le créancier peut exiger le paiement effectif en billets ou en monnaie métallique. Mais il n'est pas inimaginable que la loi intervienne un jour pour intégrer ces moyens dans les moyens légaux de paiement.

Déjà la loi en a imposé l'emploi dans une certaine mesure (74). Les tribunaux, pour leur part, restreignent de plus en plus la règle qui permet au créancier de les refuser (75).

L'analyse de Knapp est donc acceptable en général. Elle a été largement approuvée par les auteurs modernes (76).

(71) Carbonnier, *Droit civil*, *op. cit.*, n° 7 ; N. Catala, *La nature juridique du paiement*, Paris, 1961, n° 71.

(72) Olivecrona, *op. cit.*, pp. 44 et s.

(73) Olivecrona, *op. cit.*, pp. 59 et s.

(74) Il est imposé en Suède pour les taxes et les « rentes ». Il est le moyen exclusif pour d'importants secteurs de l'économie en Union Soviétique.

(75) *Idem*, pp. 37 et s. L'auteur examine la portée actuelle de cette règle.

(76) En France, voir particulièrement : J. Hamel, *Cours de droit civil approfondi*, 1938-1939, p. 216 ; Carbonnier, *Droit civil*, *op. cit.*, n° 5.

70. — Cependant, on a remarqué que Knapp a concentré ses efforts sur un seul aspect du problème, celui du rôle de l'Etat. Or, « l'Etat peut difficilement imposer l'habitude d'échanger les marchandises contre la monnaie ; cette habitude se développe dans de nombreuses circonstances étrangères aux activités de l'Etat. Ce que l'Etat peut faire ou ce qui peut être fait à travers la réglementation légale dans ce champ, est de mettre à la disposition du commerce certaines formes selon lesquelles on peut se mettre dans une situation de contrainte en constituant des dettes et certains moyens de se décharger de cette contrainte. Il dépend des facteurs sociaux de savoir dans quelles mesures et dans quelles conditions ces véhicules sont mis en œuvre (77) ». C'est une question de confiance générale (78).

71. — Ainsi, on voit que l'économie moderne est basée sur un système de dettes, d'obligations. Olivecrona parle, à ce propos, d'une organisation de la dette sur laquelle reposent toutes les transactions monétaires (79). Ce système a été rendu nécessaire par le développement gigantesque de l'économie moderne, le métal n'étant plus suffisant aux besoins de ce développement.

72. — Ce n'est donc pas un certain métal ou un certain pouvoir d'achat qui décharge le débiteur d'obligation monétaire. C'est un certain moyen de n'importe quelle matière, qu'elle soit le métal ou le papier monnaie ou une chose incorporelle ; la dette trouve sa force dans la croyance sociale. Il n'y a pas absurdité en cela tant que la loi qui a offert le moyen de s'obliger en créant l'unité monétaire décide du moyen de se libérer de l'obligation en authentifiant les moyens de paiement.

Le rôle de la loi dans les moyens de paiement est donc seulement celui de les authentifier, de les valider pour la libération de l'obligation monétaire.

Mais alors, comment peut-on concevoir que l'obligation monétaire, obligation d'une somme d'unités non existantes dans le monde réel, puisse être exécutée avec de tels moyens ? Il n'y a pas de concordance

(77) Olivecrona, *op. cit.*, p. 51. Cf. Savigny, *op. cit.*, p. 7, Doucet, Thèse précitée, pp. 11 et s., *idem. Le Franc du* 8 *mars* 1803 *au* 27 *octobre* 1958, *in* « Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée », *op. cit.*, n^{os} 5 et 6.

(78) On a relevé deux facteurs importants parmi ceux qui fondent cette confiance : l'histoire et la psychologie sociale. D'abord, la force de l'habitude qui accommode la société avec le processus constant de dématérialisation des moyens de paiement. Le caractère sacré des monnaies primitives a familiarisé les hommes avec une monnaie sans valeur intrinsèque intégrale et la coutume a développé cette familiarisation avec des moyens de plus en plus dématérialisés, de sorte que le jour où les moyens ont perdu toute leur substance il n'est pas apparu que des bouleversements graves soient intervenus (F. Simiand, *loc. cit.*). Cette force de l'habitude ne peut être que corroborée par « la sensation diffuse d'une certaine correspondance globale entre les moyens monétaires et le gage que constituaient les moyens économiques de la nation » (Lelart, Thèse précitée, pp. 292 et s.).

(79) *Op. cit.*, pp. 65-67.

entre l'objet de l'obligation et ce qui fait l'objet de l'exécution ; l'obligation ne sera pas exécutée dans le sens propre du mot (80).

§ 3. — L'obligation monétaire et le nominalisme monétaire.

73. — Il semble qu'on puisse affirmer que les moyens de paiement sont des symboles ou représentation des unités monétaires que contient la dette. « Ce qui confère à une chose (pièce métallique ou billet de papier) le caractère juridique de monnaie, c'est le fait qu'elle est reçue dans les paiements non pas pour ce qu'elle représente matériellement, mais en tant qu'équivalent, fraction ou multiple d'une unité idéale », dit M. le professeur Carbonnier (81). « Tout paiement effectué en monnaie comporte novation », dit M. Lelart (82).

Cependant il faut bien distinguer de cette relation de représentation ou d'équivalent entre l'unité monétaire et les moyens de paiement, une autre relation, celle de la monnaie et des biens et services. C'est cette distinction entre les deux relations différentes qui va nous permettre de distinguer entre le problème du montant de l'obligation monétaire et le problème du nominalisme monétaire (B).

A. — La relation entre l'unite monetaire et les moyens de paiement et la relation entre la monnaie et les biens et services.

74. — En effet, la relation entre les moyens de paiement et l'unité monétaire n'a pas de signification si on la prend isolément, sans référence à aucune règle. En fait, elle trouve son support dans la force de la loi.

Par le cours légal, l'Etat attribue au moyen de paiement un pouvoir libératoire pour la somme dont il porte l'inscription. Si l'Etat lui attribue encore un cours forcé, il rend cette utilisation obligatoire dans les paiements (83).

75. — En définitive, pour établir la force obligatoire des moyens de paiement, l'Etat établit une relation entre ces moyens et l'unité monétaire. Mais si l'Etat exprime les moyens de paiement en unités monétaires cela veut-il dire qu'il leur confère une certaine valeur ? Pas le moins du monde. L'unité monétaire n'a en elle-même aucune valeur : on a déjà conclu qu'elle n'est pas un certain poids de métal ou sa valeur ; elle ne représente pas non plus un pouvoir d'achat subjectif ou objectif. Elle est purement et simplement « la forme de

(80) G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, T. II, 1962, n° 563.
(81) *Droit civil, op. cit.*, n° 5.
(82) Thèse précitée, p. 285.
(83) M. Lelart, Thèse précitée, pp. 303 et s., voir aussi Gény, R.T.D.C., 1926, loc. cit., n° 18.

l'engagement monétaire » ; engagement abstrait qui se rend apte à remplacer toutes choses dans le patrimoine ; engagement neutre qui ne peut jamais être illicite ou immoral par lui-même ; et engagement liquide qui n'a jamais besoin d'évaluation. Et c'est là le secret qui lui permet de remplir sa fonction prodigieuse dans les relations économiques (84).

76. — Force est donc de conclure que les moyens de paiement n'ont pas une valeur en tant que tels. Ce qu'on appelle la valeur de la monnaie n'est, en effet ,que le niveau général des prix (85). Or, la détermination des prix est fonction d'une autre relation que celle des moyens de paiement avec l'unité monétaire. Elle est fonction de la relation de l'unité monétaire représentée par les moyens de paiement ou, si l'on veut, de la monnaie tout court, avec les biens et les services.

Cette relation se trouve tout à fait en dehors du système monétaire, en dehors de la monnaie elle-même. Elle se détermine selon « le régime » des prix et non pas selon le régime monétaire (86). Certes, ce régime peut, en réalité, osciller entre la liberté absolue et la planification intégrale, mais il n'a pas moins ses règles spéciales qui réglent son fonctionnement en dehors du système monétaire. Ces règles se trouvent en effet dans le système contractuel, qu'il soit libéral ou dirigiste.

Quand on disait jadis, sous le système métallique, que la valeur de la monnaie était la valeur du métal, c'était faire une confusion entre la monnaie et la matière dont elle était fabriquée. Quand on dit aujourd'hui que l'Etat confère à la monnaie une certaine valeur, c'est une confusion entre la relation : unité monétaire — moyens de paiement et la relation : monnaie — biens et services (87).

(84) CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, n° 5 ; MANN, *op. cit.*, p. 64 ; N. CATALA, *op. cit.*, n^{os} 73 et s.

(85) G. GRAWTHER, *op. cit.*, pp. 94 et s.

(86) C'est en ce sens que certains auteurs constatent que, dans les clauses de garantie contre la dépréciation monétaire, « il ne s'agit pas véritablement d'une convention sur le mode de paiement... Il s'agit à vrai dire, d'une convention sur le montant de l'obligation » (HUBERT, R.T.D.C., 1947, *loc. cit.* Dans le même sens : GÉNY, R.T.D.C., 1926, *loc. cit*).

(87) La distinction entre les deux relations correspond à ce qu'on appelle les fonctions de la monnaie. La fonction d'instrument d'échange correspond à la relation unité-moyens. La fonction réserve et mesure de valeur correspond à la relation unité-biens et services. « La doctrine mercantiliste se caractérise... par ce fait essentiel que, raisonnant du particulier au général, de l'individu à la société, elle a retenu l'une des fonctions de la monnaie : celle de réserve de valeurs, et rejeté l'autre. Au XIX^{e} siècle, les libéraux commettront l'erreur inverse, insistant sur la fonction d'intermédiaire des échanges et perdant de vue celle de réserve de valeur » (J. MARCHAL, *Cours d'économie politique*, 4^{e} éd., Paris, 1957, p. 74). C'est toujours l'ignorance de l'une ou l'autre, ou la confusion des deux relations y correspondant qui est la cause de l'erreur. L'instrument d'échange, fonction de la relation unités-moyens est l'affaire de l'Etat pour toujours. La réserve et la mesure des valeurs, fonctions de la relation unité-biens et services, sont l'affaire du régime économique, qu'il soit libéral ou autoritaire.

B. — Le nominalisme monetaire et le montant de l'obligation.

77. — Il est maintenant facile de comprendre la mystique du nominalisme monétaire. Le nominalisme monétaire signifie que la loi, l'Etat, détermine obligatoirement la relation entre l'unité monétaire et les moyens de paiement et rien de plus. Dès qu'une obligation monétaire a été créée, elle doit être effectuée obligatoirement en moyens de paiement que la loi valide à cette fin.

78. — On a voulu tirer du système monétaire des arguments soit en faveur de la « libre détermination du contenu du contrat », soit contre elle. Mais cette détermination constitue un autre domaine tout à fait distinct du système monétaire en tant que mécanisme juridique et qui doit se baser sur d'autres principes que ceux du régime monétaire, à savoir sur les principes du contrat. La force obligatoire du contrat et sa révision, la liberté contractuelle et ses limites sont tout à fait indépendantes du fonctionnement du régime juridique de la monnaie. Elles le sont dans un régime métallique comme dans un régime de papier monnaie, ce dernier n'ayant pas changé les termes du problème (88).

On comprend aisément Mann (89) lorsqu'il dit : « Il n'y a pas de règles légales qui permettent la révision des obligations monétaires en conséquence des changements de la valeur de la monnaie du côté de la monnaie. Mais il y a quelques règles qui appartiennent à la détermination des prix et à l'influence des changements des prix. » M. Farjat (90) paraît, dans une grande mesure, prendre conscience de la nature du problème : « Une condamnation générale de l'échelle mobile, dit-il, ne se concevrait que dans la mesure où il y aurait lutte généralisée des pouvoirs publics contre l'inflation ; elle n'a sa place que lorsque des mesures de "blocage des prix" sont prises. *Mais alors le problème change ; il ne s'agit plus d'un problème monétaire ;* il s'agit de savoir s'il est possible de passer un contrat au taux de la taxe au moment de l'exécution du contrat. »

Vouloir faire de la monnaie une marchandise implique une idéologie libérale insuffisamment consciente de la nature du phénomène monétaire (91).

Vouloir en faire un pouvoir d'achat déterminé par l'Etat implique une idéologie dirigiste mais ne tenant pas compte du mécanisme contractuel existant et du cadre libéral de l'organisation économique (92).

(88) Voir en ce sens, Farjat, *op. cit.*, p. 146.

(89) *Op. cit.*, p. 68.

(90) *Op. cit.*, p. 151.

(91) Comp. Gény, *Quelques observations sur le rôle et le pouvoir de l'Etat en matière de monnaie et de papier monnaie*, Mélanges Hauriou, 1929, pp. 389-433.

(92) On a constaté que ce cadre libéral de l'économie permet de trahir l'idéologie dirigiste par les véhicules du troc (Carbonnier, *La sociologie de la vente, in* « Travaux et Conférences de l'Université libre de Bruxelles », *op. cit.* ; J.-P. Del-

« Diriger la monnaie » ce n'est pas le nominalisme monétaire. C'est diriger l'économie par des mesures appropriées, c'est diriger les activités contractuelles (93).

Sous-section II

LES DONNEES JURIDIQUES ET LA SEPARATION ENTRE L'ORDRE MONETAIRE ET LE CONTENU DE L'OBLIGATION MONETAIRE

79. — Les droits positifs français et égyptien offrent une illustration frappante des principes théoriques que nous avons dégagés. Tous les textes convergent pour donner une vérification de notre analyse. Les dispositions qui ont donné les bases du système monétaire français et égyptien (§ 1) et celles qui ont consacré son évolution (§ 2), ne font que définir l'unité monétaire, choisir les moyens de paiement et établir la relation entre les deux, sans présupposer une certaine valeur de la monnaie.

§ 1. — La constitution du système monétaire français et égyptien.

A. — Droit français.

80. — L'histoire moderne de la monnaie commence par la loi du 7 germinal an XI qui a institué le franc (94).

« Cinq grammes d'argent au titre de 9/10 de fin constituent l'unité monétaire qui conserve le nom du franc », dit cette loi. Deux affirmations peuvent en être dégagées clairement : l'unité monétaire française est le franc ; le moyen de paiement d'une dette d'un franc est cinq grammes d'argent. La même loi a décidé la frappe d'une pièce correspondante d'argent ou de son équivalent d'or, le rapport entre les deux métaux étant fixé à 15,5 à 1. En peu de temps, l'or a dû supplanter l'argent.

La loi du 7 germinal an XI ne fait donc que déterminer purement et simplement une relation naturelle entre l'unité monétaire et le

MAS-SAINT-HILAIRE, *loc. cit.*, n° 60 ; DOUCET, *Le franc du 8 mars, loc. cit.*, n° 5 ; MANN, *op. cit.*, p. 133 et s.) ; *De la notion de société* (FARJAT, *op. cit.*, p. 150 ; DOUCET, Thèse précitée, pp. 181 et s.) ; *et De la théorie de l'intérêt* (CARBONNIER, Préface à l'ouvrage collectif : *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée, op. cit.*).

(93) P. ESMEIN, *L'intervention de l'Etat dans les contrats*, Travaux de l'Association H. Capitan, 1946, pp. 126 et s.

(94) Sur l'histoire antérieure, voir DOUCET, Thèse précitée, pp. 63 et s. ; *idem*, article, *loc. cit.*

moyen de paiement, après avoir créé celle-là et choisi celui-ci. Ni ce qu'on appelle le nominalisme d'évaluation, ni son antithèse, ne trouvent d'appui dans les dispositions de cette loi. En effet, comme on l'a déjà dit, la question de ce qu'on appelle la valeur de la monnaie relève d'une autre relation : celle de la monnaie et des biens et services.

81. — Selon l'article 1895/1 du Code civil français, « l'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat ». Cette disposition n'est qu'une consécration des principes déjà énoncés dans la loi germinal. Une fois choisie l'unité monétaire et les moyens de paiement, c'est l'Etat qui détermine la relation entre cette unité et ces moyens. Une fois une obligation énoncée, en termes d'unités monétaires, elle doit s'exécuter dans les moyens que l'Etat authentifie pour s'acquitter des obligations monétaires du même nombre.

On a âprement discuté le caractère d'ordre public du texte. Mais ce caractère peut-il être vraiment mis en doute ? Nullement. Ce qui a entraîné la confusion, c'est qu'on a voulu — pour la défense d'idéologies radicalement opposées — le charger d'un contenu étranger à son sens historique. Vainement, en défendant son caractère d'ordre public, on a voulu y trouver la consécration de ce qu'on a appelé le nominalisme d'évaluation. Vainement aussi, en luttant contre ce caractère, on a voulu y trouver l'adoption de ce qu'on appelle le valorisme contractuel. Or, nominalisme d'évaluation ou valorisme contractuel, le problème relève non pas du régime de la monnaie, mais de l'ordre économique et trouve sa solution dans les textes qui déterminent le régime contractuel (95).

Comme le remarque fort justement M. Farjat (96), « l'argumentation (de la doctrine) repose sur un postulat : il n'y aurait que deux catégories de lois, interprétatives ou impératives. Or, poursuit-il, prenant la division tripartite de Gounot, il arrive, et il arrive souvent, que la loi ne commande ni n'interprète ; elle dispose ».

L'article 1895 n'a pour objet que de régler l'aménagement de l'institution monétaire, objet qui n'a pas de place dans la division entre lois interprétatives et impératives, étant d'une nature dispositive.

Déjà, quelques Cours d'appel l'avaient bien aperçu (97). Mais la Cour de cassation n'a pas tardé de le proclamer. C'est ainsi que son arrêt du 3 novembre 1953 (98) contient cette formule remarquable que « les dispositions de l'article 1895 du Code civil ne sont d'ordre public que dans la mesure où elles ont pour but de maintenir à la

(95) En ce sens, M. GENDREL, *Influence de la dépréciation monétaire sur le droit de la responsabilité civile*, dans la collection « Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée », *op. cit.*, pp. 165 et s., n° 42.

(96) *Op. cit.*, pp. 146 et s.

(97) Dijon, 25-6-1953, D. 1953.J.582 ; Paris, 3-7-1951, D. 1951.J.401.

(98) D. 1954.I, p. 1, note Savatier ; S. 1954.I.77, note J. Autesserre ; R.T.D.C., 1953, p. 348, observations Carbonnier.

monnaie sa valeur libératoire et d'éviter toute contestation sur la valeur nominale des espèces ayant cours au moment du paiement ». C'est encore en ce sens que se comprend la formule de son arrêt du 27 juin 1957 (99) que « l'article 1895 a seulement pour objet d'écarter dans le silence de la convention une révision judiciaire des conditions de remboursement du prêt d'argent, éventuellement demandée, en vertu de l'article 1892, pour le changement de "qualité" de la monnaie ». Ce n'est pas, comme le dit Ripert, une « habileté » de la Cour pour ne pas se prononcer sur le caractère d'ordre public du texte, mais c'est plutôt la profonde compréhension par la Cour de sa signification.

82. — Pour les anciens auteurs, partisans et adversaires d'un nominalisme absolu, il paraissait évident que l'article 1895/1 posait une règle générale pour l'ensemble du droit. Mais la Cour de cassation ayant admis la validité des clauses de garantie dans de nombreux cas, les partisans du nominalisme d'évaluation arguèrent du caractère spécial au prêt de cet article comme ultime ligne de défense (100).

En effet, l'article 1895 n'est qu'une application spéciale au prêt du principe qui domine toute obligation monétaire et qui s'explique aisément. Dans le régime d'alors, les moyens de paiement étaient, sans exception — comme on l'a vu — des moyens matériels, métalliques, qui pouvaient faire l'objet d'une augmentation ou d'une diminution postérieure. Tant que l'objet des obligations monétaires autres que celles résultant d'un contrat de prêt paraissait clairement être une somme d'unités monétaires et non pas un poids de métal, le doute ne pourrait s'élever quant à leur exécution dans n'importe quel moyen authentifié par l'Etat au moment du paiement. Quant à l'obligation résultant d'un contrat de prêt, on pourrait imaginer que son objet soit la matière elle-même que contiennent les moyens de paiement, c'est-à-dire la quantité de métal prêté, et non pas la somme d'unités monétaires qu'elles représentent. De là venait le besoin bien justifié des auteurs du Code civil de réaffirmer le principe « nominaliste » au sens expliqué plus haut pour le contrat de prêt dans l'article 1895/1 (101). Ce principe est d'ailleurs expliqué dans l'alinéa 2 du même article : « S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement ». Le principe s'explique par le fait que « le paiement consiste à remettre au créancier l'objet de l'obligation et que l'objet est, dans ce cas, une somme numérique, donc invariable », disent Ripert et Boulanger (102). « C'est une fiction

(99) D. 1957.J.649, note Ripert, R.T.D.C., 1957.III, p. 553, observations Carbonnier.

(100) Doucet, Thèse précitée, pp. 81 et s., et les auteurs cités, pp. 37-42.

(101) Farjat, *op. cit.*, n° 185 ; E. Lambert, *Un parère de jurisprudence comparative*, B. de l'Institut de Droit comparé de Lyon, T. 33.

(102) *Traité..., op. cit.*, n° 1570.

juridique qui se justifie par la nécessité de faire régner une fongibilité totale entre les instruments monétaires », dit Hamel (103).

Ces développements sur l'article 1895 du Code civil français suffisent pour faire apparaître le sens des articles correspondants des codes civils égyptiens.

B. — Droit egyptien.

83. — L'Egypte de la seconde moitié du XIX[e] siècle a connu, en même temps que la livre égyptienne, une circulation monétaire constituée de multiples monnaies étrangères, celles des nations intéressées à l'économie égyptienne, par les fonds qu'elles y avaient apportés et par l'influence politique qu'elles y avaient acquises (104).

La première réforme sérieuse de la monnaie égyptienne entreprise en 1834 avait le mérite de mettre à peu près fin à ce désordre. Cependant, l'Egypte continua à vivre, en fait, sous un régime monométalliste ; la monnaie-or étrangères y avait accès et son cours était en général déterminé selon son contenu d'or fin.

Après l'occupation, le décret du 14 novembre 1895, tout en démonétisant un certain nombre de monnaies étrangères, ne reconnaissait plus comme monnaies légales que la monnaie égyptienne. Toutefois, cette réforme a consacré l'usage de la livre sterling, du Napoléon et de la livre turque jusqu'à la fabrication d'une quantité suffisante de livres égyptiennes.

84. — Au milieu de la deuxième moitié du XIX[e] siècle l'Egypte fut dotée de deux codes civils à l'instar du Code civil français : le Code civil mixte de 1876 et le Code civil national de 1883. C'était encore le temps des moyens de paiement métalliques en Egypte. Aussi n'était-il pas étonnant de voir dans les deux codes égyptiens une disposition analogue à l'article 1895 du Code civil français : l'article 474/577.

§ 2. — L'évolution du système monétaire français et égyptien.

A. — Droit français.

85. — Ce n'est qu'en 1870 que le billet de banque devint un véritable moyen de paiement en France. Il a bénéficié du cours légal en recevant le pouvoir libératoire comme les moyens métalliques (105).

(103) *Cours de Droit civil approfondi*, 1938-1939, pp. 216 et s.

(104) *Sur l'évolution du système monétaire égyptien*, F. Moursi, *Les relations financières entre l'Egypte et la Grande-Bretagne depuis* 1939, Thèse, Paris, 1948, pp. 25-75. M. A. Nassif, *La détermination de la monnaie de paiement dans les obligations contractuelles en Egypte et au Liban*, Thèse, Le Caire, 1943, notamment pp. 28-29.

(105) En ce sens : Marty et Raynaud, *op. cit.*, n° 565 ; Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 1578. Contre : Doucet, Thèse précitée, p. 17 ; *idem*, article précité,

Cette « monétisation » des billets de banque leur a étendu la règle de la loi de germinal et de l'article 1895 du Code civil français, à savoir ce que l'on appelle le nominalisme de circulation (106). Mais le cours légal n'a pas modifié le contenu de ce nominalisme. MM. Mazeaud (107) font remarquer que le cours légal, ayant pour but de faciliter au débiteur son paiement, n'est pas « impératif » en ce sens que le débiteur peut renoncer à cet avantage en acceptant de ne payer qu'en monnaie métallique.

86. — Dans la même année, le billet de banque reçut le cours forcé. Mais celui-ci fut supprimé quelques années après, pour être rétabli de nouveau avec la guerre de 1914.

Dans son expression législative, le cours forcé ne vise que les relations des particuliers avec la banque d'émission en établissant l'inconvertibilité du billet de banque. C'est à cette seule conséquence que Gény limitait son effet (108). Il est possible d'accepter cette interprétation. Seulement l'inconvertibilité a dû entraîner ou impliquer par elle-même une conséquence inévitable : *le métal n'est plus un véritable moyen de paiement authentifié par l'Etat* ; le seul moyen véritable n'est désormais que le billet de banque (109). C'est ce que l'on pourrait appeler une démonétisation de l'or (110).

87. — Le cours forcé implique ainsi logiquement l'illicéité de la clause de paiement effectif en or ou en monnaie étrangère. Le paiement en billets de banque n'est-il pas obligatoire pour tous les débiteurs ? Et cette obligation n'est-elle pas d'ordre public ?

Quant à la clause valeur-or et valeur monnaie étrangère, ou à plus forte raison les clauses d'échelle mobile, elles relèvent, quant à leur licéité, du problème du montant de l'obligation et non pas de celui du régime de la monnaie (111).

88. — Certes, les billets de banque après le cours forcé sont restés rattachés au métal et même la convertibilité a été rétablie dans une certaine mesure par la loi du 25 juin 1928. Mais il ne semble pas aujourd'hui, avec le recul du temps, que le fait de rattacher les

p. 12, n° 11, et la bibliographie citée. A notre avis, cette opinion n'est que le résultat de l'ambiguïté du terme monnaie qui contient, comme on l'a analysé, deux notions bien différentes : l'unité monétaire et les moyens de paiement.

(106) En ce sens, FARJAT, *op. cit.*, n° 185.

(107) *Leçons, op. cit.*, n° 8074.

(108) R.T.D.C., 1926, *loc. cit.*

(109) En ce sens, surtout pour la Grande-Bretagne, MANN, *op. cit.*, p. 38.

(110) Des facteurs qui militaient pour faire du billet de banque le seul moyen de paiement ont vu leur couronnement lors de la guerre de 1914 qui entraîna un développement considérable du volume des échanges et la nécessité de diriger l'économie à la suite de la transformation de la structure économique. Ces besoins furent renforcés par l'émission d'une quantité considérable de billets de banque à l'occasion de cette guerre ; et il était impossible à la fin des hostilités d'en résorber l'excédent. Voir chapitre 3, n°s 144 et s.

(111) *Infra*, n°s 213 et s.

billets de banque au métal ait été une nécessité logique du système, du fait même que les billets avaient un cours forcé. Aussi, la loi du 1er octobre 1936 n'a-t-elle pas défini la teneur en or du franc et on parle dès lors du franc flottant. Le cours forcé et le franc flottant consacrent ainsi désormais l'illicéité de la clause-or et monnaie étrangère. C'est ainsi que la Cour de cassation française est arrivée enfin, le 27 juin 1957, à déclarer clairement et directement que « les lois monétaires, ne pouvant impliquer l'invariabilité du pouvoir d'achat de la monnaie, lequel varie avec le prix des denrées, n'empêchent pas dès lors les prêteurs plus que les autres créanciers de faire état des variations de ce pouvoir d'achat (112) ». C'est ainsi, encore, que le législateur français est intervenu l'année suivante pour réglementer un aspect particulier du problème : l'indexation, en fonction de l'ordre économique.

89. — La réforme de 1958 n'a modifié en rien le régime monétaire français. L'institution d'un nouveau franc ne constitue qu'un simple procédé de simplification comptable, destiné à assurer à l'unité monétaire un meilleur crédit (113). Seulement, reconnaissant le principe de l'indexation, tout en en réglementant l'application, cette réforme a ainsi catégoriquement affirmé notre point de vue, à savoir que le problème discuté sous le nom « la valeur de la monnaie » ne relève pas du système monétaire mais du problème de la relation entre la monnaie et les biens et les services qui relève du concept de prix et du régime contractuel. Toute intervention en ce domaine doit être sur le montant réel des prestations et non pas par l'intermédiaire de la fiction qui fait de la valeur de la monnaie une quantité constante (114).

Ainsi, la clause-or et la clause monnaie étrangère restent illicites après la réforme de 1958. La Cour de cassation manifesta à la première occasion la persistance de cette illicéité pour la clause monnaie étrangère (115) et, par conséquent, pour la clause-or (116).

(112) Dans le même sens : Civ., 26-3-1959, J.C.P., 1959.IV, p. 86 ; Civ., 10-3-1959, Gaz. Pal., 1959.1.301 ; Civ., 9-6-1959, J.C.P., IV, p. 93, Bull. civ., 1959.1, n° 290, p. 241 ; Civ., 28-10-1959, Bull. civ., 1959.1, n° 445, p. 368 ; Com., 25-11-1959, Bull. civ., 1959.III, n° 399, p. 346 ; Civ., 22-7-1959, Bull. civ., n° 376, p. 314 ; Civ. 2-2-1960, Bull. civ., 1960.1, n° 72, p. 59 ; Civ., 29-3-1960, Bull. civ., 1960.1.187, p. 149 ; Civ., 12-6-1961, Bull. civ., 1, n° 305, p. 241.

(113) Doucet, Thèse précitée, p. 23 ; *idem*, article, *loc. cit.*, n° 19.

(114) Comp. Doucet, article précité, n° 30.

(115) Com., 4-11-1958, Gaz. Pal., 1.J., p. 59, J.C.P., 1959.II.10986.

(116) Ni les tenants de la théorie métallique, ni les tenants de la théorie purement étatique n'admettent la « monnaie scripturale » comme monnaie.

Suivant le double sens de la monnaie et le rôle de l'Etat dans chacun, nous admettons volontiers que cette monnaie est un véritable moyen de paiement dans la mesure où la loi impose son utilisation dans les paiements (sur ces lois en droit français, Marty et Raynaud, *op. cit.*, n° 566 ; Catala, *op. cit.*, n°s 77 et s.).

Il importe peu que la remise du chèque ne vaille pas libération de la dette. A la vérité, le moyen de paiement n'est pas le chèque en tant que tel, mais le compte chez la banque, la créance sur celle-ci, et le chèque n'est qu'un moyen de

B. — Droit egyptien.

90. — Le système monétaire égyptien a suivi une évolution approximativement parallèle à celle du système français. En 1898 la Banque nationale de l'Egypte a été créée avec le privilège de l'émission des billets au porteur et à vue. Ces billets ont reçu le cours légal et le cours forcé en même temps par le décret du 2 août 1914. Mais ce décret spécifiait particulièrement, à côté de l'obligation de recevoir ces billets dans les paiements et de leur inconvertibilité, qu'ils ont « *la même valeur effective que les espèces or ayant cours légal en Egypte* ». Le législateur égyptien semble ainsi avoir manifesté une compréhension de la profonde signification du cours forcé. Aussi le caractère illicite des clauses-or n'a-t-il pas fait l'objet de résistance sérieuse dans la doctrine comme dans la jurisprudence.

Certes, les tribunaux mixtes distinguaient, à la suite de la jurisprudence française, entre les paiements internes et les paiements internationaux ; mais le législateur égyptien est intervenu par le décret n° 45 du 2 mai 1935 pour interdire formellement les clauses-or, même dans les paiements internationaux.

91. — Cette compréhension de la nature du phénomène monétaire apparaît clairement dans le nouveau Code civil égyptien qui a remplacé, en 1949, les anciens codes.

Le principe du nominalisme monétaire, qui consacre la relation entre l'unité monétaire et les moyens de paiement, se dégage de la nature même de la monnaie et de la loi française du 7 germinal an XI. Sous le régime métallique il était opportun de l'affirmer pour le prêt dans le Code civil français et les anciens codes civils égyptiens (117). Après la démonétisation du métal on n'a pas besoin de cette affirmation. Il suffit d'une règle générale consacrant le nominalisme. Aussi, le nouveau Code égyptien s'est-il contenté de l'article 134 qui dispose que « l'obligation ayant pour objet une somme d'argent ne porte que sur la somme numérique énoncée au contrat, indépendamment de toute augmentation ou diminution de la valeur de la monnaie au temps du paiement ».

transférer cette créance. Il est alors concevable que le paiement ne soit pas complet avant le paiement du chèque. (Olivecrona, *op. cit.*, p. 56.)

Il ne suffit pas, pour enlever le caractère de moyen de paiement à la « monnaie scripturale », de dire qu' « on ne peut parler d'un franc scriptural comme l'on parle d'un franc-papier ou d'un franc-or » (Doucet, article précité, n° 29). Cette terminologie défectueuse résulte de la confusion entre l'unité monétaire et le moyen de paiement. Le franc est toujours le franc ; il n'y a pas de franc-or et de franc-papier. Ce qu'on appelle franc-or ou franc-papier n'est qu'un moyen de libération des dettes libellées en franc, unité monétaire française. Dans la mesure donc où la monnaie scripturale a une force libératoire par la loi, elle a au moins une sorte de cours légal analogue au cours légal du papier monnaie. Elle n'est pas susceptible de modifier la nature du système monétaire, à part la dématérialisation des moyens de paiement qu'elle comporte.

(117) Voir *supra*, n°s 80 et s.

Bien plus, l'autonomie du nominalisme monétaire par rapport au régime contractuel apparaît clairement dans ce Code. La consécration du nominalisme monétaire, dans son article 134, ne l'a pas empêché d'admettre en même temps la règle générale de la révision du contrat en cas d'imprévision dans son article 147/2.

92. — La seule transformation qu'ait subie le système monétaire français et égyptien est la substitution de la monnaie de papier à la monnaie or comme moyen de paiement. La seule répercussion que cette transformation devait avoir sur le plan contractuel est l'illicéité de la clause-or et de la clause monnaie étrangère. Quant aux autres clauses de garantie et à la force obligatoire du contrat, elles restent, encore aujourd'hui, l'affaire de l'ordre économique et contractuel plutôt que celle de la monnaie et de son régime juridique (118).

(118) Certes, la relation entre la monnaie et les biens et les services a un de ses pôles, la monnaie. Mais ici, la monnaie n'est qu'un numéraire pour évaluer les biens et les services, et c'est une relation économique. Il convient donc de ne parler que de l'économique.

CHAPITRE II

Le contrat et l'ordre économique.

93. — Dans le chapitre précédent nous venons de voir que la querelle sur les principes monétaires est, en fait, une querelle sur le rôle que doit avoir la volonté dans l'aménagement de l'économie du contrat. La controverse n'a d'ailleurs rien à voir avec les institutions monétaires en elles-mêmes. Elle se place plutôt dans une perspective beaucoup plus large, mettant en cause la construction même du droit privé.

94. — Partis du Code civil français, expression d'une certaine conception philosophique, économique et sociale, les juristes ont acquis du contrat une conception purement subjectiviste fixée une fois pour toutes (1). Ce contrat est un accord de volonté générateur de droits subjectifs. S'il y a des lois interprétatives et supplétives, celles-ci ne sont que le développement de l'accord des volontés. On s'efforçait même de découvrir dans les lois d'ordre public un but de protection des libertés individuelles (2).

M. Hébraud a pu dire à ce sujet : « C'est seulement hors du contrat et face à lui que la loi exerçait son pouvoir créateur de droit privé... toute l'activité juridique tendait à se répartir entre les deux pôles, l'un subjectif, l'autre objectif, de valeur égale et à peu près sans relations (3). »

(1) « A une époque où la société elle-même et les institutions politiques étaient considérées comme issues d'un pacte social, l'objectif dérivant du subjectif, il n'est pas surprenant que le droit privé établisse une étroite union entre la volonté et le contrat » (P. Hébraud, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, Mélanges J. Maury, pp. 419 et s. Cf. H. Batiffol, *Aspect philosophique du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, n° 31.

(2) Philippe Malaurie, *op. cit.*, p. 13 ; Julliot de la Morandière, *L'évolution moderne du droit des obligations*, Cours de doctorat, 1944-1945, p. 102.

(3) P. Hébraud, *op. cit.* Cf. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 49 ; Julliot de la Morandière, *La notion d'ordre public en droit privé*, Cours de doctorat, 1950-1951, p. 78.

95. — Cependant, avec l'intervention croissante de l'Etat dans le domaine économique et par conséquent dans celui des relations contractuelles, on tend actuellement à observer, au contraire, des relations étroites entre le « subjectif » et « l'objectif » avec une prépondérance de celui-ci sur celui-là.

L'Etat et la loi se laissent, de plus en plus, intervenir dans le domaine des activités économiques qui était le privilège de la liberté contractuelle, non seulement dans les économies intégralement planifiées, mais aussi dans les économies libérales (4).

96. — Dans ces conditions, il n'est pas étonnant qu'on se demande — dans la recherche de « la distinction entre ce qui est immuable et ce qui est changeable dans les sciences normatives (5) » — si le contrat relève de la nature ou simplement de l'artifice ; s'il s'agit d'une transformation de l'institution contractuelle pour tenir compte de l'évolution économique ou de la disparition totale de cette institution qui ne trouve plus place dans une telle évolution.

Ceux qui se sont occupés de l'interprétation de l'histoire juridique concluent — en mettant l'accent sur la dissolution de la dépendance familiale et la croissance de l'obligation individuelle à sa place — que « the movement of the progressive societis has hithertho been a movement from status to contract (6) ». Au contraire, pour ceux qui voient l'avenir de l'humanité dans un régime socialiste, « il n'y a pas de place pour des relations privées autonomes... les moyens de paiement passent dans les mains de l'Etat..., la planification remplace le libre échange des marchandises... (7). »

On ne trouve pas moins d'opposition quant à l'interprétation du droit positif. Les uns ne manquent pas d'observer que nous vivons de plus en plus contractuellement (8). D'autres, au contraire, devant

(4) Dans les économies intégralement planifiées, le plan économique de l'Etat détaille et précise la politique économique à laquelle sont subordonnées toutes les obligations contractuelles. Pour l'ensemble de l'activité économique, les objectifs du plan ne sont pas des indications, mais des décisions obligatoires (Cf. David et Hazard, *Le droit soviétique*, Paris, 1954, T. 1, pp. 189 et s., T. 2, pp. 58 et s. ; Ph. Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, 1953, p. 60 ; K. Katzarov, *op. cit.*, pp. 340 et s., 354 et s.).

Dans une économie libérale, la vie économique « cesse d'être une "entente" intervenue sur l'égide de la liberté, réalisée par le jeu de volontés égales et autonomes, pour devenir une opération dirigée par les pouvoirs publics représentés par le législateur et le juge... » (L. Josserand, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, R.T.D.C., 1937, p. 1.)

(5) S. Tanagho, *L'obligation judiciaire*, Thèse, Paris, 1964, n° 16.

(6) Sir Henry Summer Maine, *Ancient law*, Tench edition, London 1885, p. 170.

(7) W. Friedmann, *op. cit.*, pp. 332 et s.

(8) « Non seulement les contrats sont conclus en plus grand nombre, du fait même du développement des relations industrielles, commerciales, civiles, mais encore de nouvelles catégories sont nées ou se sont précisées ou ont pris un prodigieux essor » (L. Josserand, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, loc. cit. ; Le sort moderne du concept contractuel*, Mélange Gény, T. II,

l'invasion de l'objectif dans le subjectif, ont conclu à la « décadence », la « crise » ou le « déclin » du droit contractuel (9) (10).

97. — Que les faits sur lesquels s'appuient les uns et les autres soient exacts, cela n'est pas douteux. Il n'y a pas, cependant, aucune raison valable pour donner gain de cause aux uns plutôt qu'aux autres. Mais le fait seul du caractère contradictoire de leurs conclusions ne prouve-t-il pas combien les méthodes dont ils procèdent, sont contradictoires ?

Le problème s'éclaire d'un jour nouveau si on arrive à voir « que l'accord des volontés et l'autonomie de la volonté ne sont pas la même chose (11) » et que si le premier est effectivement un élément constitutif indispensable, la seconde n'est qu'un élément passager du contenu contractuel dont le recul, voire la disparition, ne saurait affecter la vie du contrat.

Il devient ainsi facile d'admettre que l'appréciation du contenu du contrat ne dépend pas seulement de la volonté des contractants mais aussi de l'ordre juridique objectif, de la loi, selon le changement du milieu économique dans lequel s'installe le contrat.

SECTION I : *La distinction entre le contrat et son contenu.*

SECTION II : *L'appréciation du contenu du contrat.*

pp. 333 et s. Cf. R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1re série, *op. cit.*, pp. 41-47). Le développement des sociétés industrielles se traduit par une intensification des rapports sociaux et partant des contrats (CARBONNIER, *Sociologie de la vente, loc. cit.*). Non seulement cette intensification est observée dans un régime libéral, mais aussi au sein même des régimes intégralement planifiés (A. TUNC, *La possibilité de comparer le contrat dans des systèmes juridiques à structures économiques différentes*, Extrait de « Rabels Zeitschrift für Ausländisches und internationales Privatrecht », 27 Jahargang 1962, Heft 3, Augegeben, mai 1963).

(9) G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2e éd., Paris, 1948, pp. 269 et s.

(10) Ce qui explique l'obligation contractuelle, c'est de moins en moins le fait de la volonté libre des individus et de plus en plus le fait d'être admissible par la société. Si l'accord libre des contractants n'existe pas et si pourtant l'obligation subsiste, c'est que l'obligation a cessé d'être contractuelle (P. Louis LUCAS, *L'autonomie de la volonté en droit interne et en droit international privé*, Mélanges H. Capitant, Paris, 1939, pp. 469 et s. ; J. de La MORANDIÈRE, *Cours*, 1944-45, *op. cit.*, p. 173). Des juristes n'ont pas hésité à affirmer que la puissance de la volonté n'est jamais qu'une concession de la norme objective, et n'existe que dans la limite de cette concession. « Il y a donc bien un système légal défini dans lequel vient s'insérer l'échange des consentements » (L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912, pp. 115 et s. ; cf. H. BATIFFOL, *op. cit.*, n° 32.

(11) J. ZAKZAS, *Les transformations du contrat et leurs lois*, Paris, 1939, n° 153, p. 395.

Section I

LA DISTINCTION ENTRE LE CONTRAT ET SON CONTENU

98. — Il arrive souvent, dans le domaine des sciences sociales, que des doctrines, des théories, des postulats expliquent et justifient des règles, des institutions, sans pour autant que le rapport entre les principes et la réalité concrète ait été clairement perçu. Il faut attendre la transformation de cette même réalité pour que, de la réalité, on remonte par l'analyse à la règle ou à l'institution.

Au lendemain de la Révolution française, la liberté contractuelle a été proclamée. On se fiait au bienfait de la liberté sans s'apercevoir de l'intime parenté entre cette liberté et le « milieu » de l'époque. De là, la vogue du principe de l'autonomie de la volonté : toute justice est contractuelle ; qui dit contractuel dit juste, a-t-on dit plus tard.

Il a fallu attendre la renaissance des sciences sociales modernes pour voir que le fondement du contrat se trouve dans sa fin économique : la nécessité de l'échange. On a alors vu que la volonté n'était pas toujours, à elle seule, sa propre loi et on s'est aperçu que la libre détermination du contenu du contrat trouve son fondement dans l'organisation économique de la société et non pas dans le principe de l'autonomie de la volonté.

Sous-section I : *Le contrat, instrument indispensable à l'échange.*

Sous-section II : *Le contenu du contrat, fonction de l'ordre économique.*

Sous-section I

LE CONTRAT, INSTRUMENT INDISPENSABLE A L'ECHANGE

99. — Tant que, pour satisfaire leurs besoins, les groupements et les individus sont obligés de compter sur les autres, c'est grâce à la division du travail qu'ils opèrent entre eux que la fabrication et la répartition des biens peuvent se réaliser (12). Sans doute, dans les sociétés primitives la division du travail est rudimentaire. Mais elle se développe régulièrement à mesure que la structure segmentaire de ces sociétés s'efface. De même cette division « varie en raison directe du volume et de la densité des sociétés... elle progresse d'une manière continue au cours du développement social... les sociétés deviennent régulièrement plus denses et très généralement plus volumi-

(12) Zakzas, *op. cit.*, n° 58.

neuses (13) ». Le phénomène atteint son point maximum dans les sociétés industrielles : les professions se spécialisent, la division du travail s'introduit dans chaque branche de l'activité humaine et la production se fait par grandes masses.

On peut toujours concevoir une autorité instaurée au-dessus des groupements et des individus, organisant et réglementant souverainement les relations économiques. Or, les besoins étant, par définition, subjectifs et variant d'un individu à l'autre, nul ne peut mieux que chaque intéressé en connaître la pression et l'importance. Toute tentative d'organiser autoritairement l'économie ne peut aboutir fatalement qu'à l'arbitraire : la loi (ou le règlement) ne peut tout prévoir ; elle est trop abstraite et lointaine. Et une semblable tentative devient de moins en moins réalisable à mesure que la société prend de l'extension, que le nombre des individus augmente et que leurs besoins se multiplient (14).

En effet, tant que la vie d'une société, son économie sont fondées sur la division du travail, la répartition ne peut s'effectuer que par l'intermédiaire de l'échange.

100. — Or, qui dit échange dit contrat. Le monde du contrat est le monde de la relation où les choses n'ont pas de valeur en soi, mais seulement les unes par rapport aux autres (15). Il y a deux mondes dont l'un est subordonné à l'autre : le monde matériel, constitué par l'échange de prestations et le monde formel constitué par l'accord des volontés orienté vers un effet juridique. Le premier emprunte le deuxième pour se réaliser (16). Tout échange, quelle que soit la manière dont il est organisé, suppose un lien entre les participants à l'échange. Ce lien est et ne peut être que le contrat. Cela est vrai dans les sociétés les plus primitives (§ 1), mais il n'en est pas moins vrai dans les sociétés les plus modernes (§ 2).

§ 1. — La genèse du phénomène contractuel.

101. — Quelle que soit l'interprétation qu'on donne au développement de la vie économique, les anthropologistes s'accordent sur l'existence d'un phénomène unique, depuis les peuples primitifs jusqu'aux peuples les plus civilisés : le marché (17). Or, l'échange sur

(13) DURKHEIM (Em.), *De la division du travail social*, 7e éd., P.U.F., Paris, 1960, p. 244.

(14) ZAKSAS, *op. cit.*, n° 57.

(15) RUSTAN, Thèse précitée, p. 246 ; cf. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 94.

(16) RUSTAN, Thèse précitée, p. 251 ; GOUNOT, Thèse, *op. cit.*, pp. 352 et s. ; El KOCHERI, Thèse précitée, n° 91, « Le contrat en général est à la fois "instrument technique" et "donnée sociale" ».

(17) El KOCHERI, *op. cit.*, n° 14 ; Marcel MAUSS, *Essai sur le don, in Sociologie et Anthropologie*, P.U.F., Paris, 1960, pp. 145 et s. ; DAVY, *La foi jurée, Etude de sociologie du problème du contrat*, Thèse lettres, Paris, 1922 ; E. A. HOEBEL, *The Law of primitive man*, Cambridge (Massachussetts), Harvard University Press, 1954.

le marché peut revêtir en réalité deux formes apparemment distinctes. La première représentée par l'échange immédiat d'une denrée consomptible sur un marché ou sur une foire, ne semble pas créer de problème particulier d'obligation. La seconde est caractérisée par la distinction matérielle du temps où né l'obligation de celui où s'effectue la prestation.

102. — Supposant que les notions d'obligation et de crédit dépassent les facultés intellectuelles des peuples primitifs, les premiers balbutiements de la sociologie juridique ont mis l'accent sur la première forme d'échange. « Dans les sociétés primitves on ne connaît que le régime du troc » a-t-on dit (18). » C'est seulement devant l'incommodité de ce procédé originaire que l'on a été amené à choisir une tierce marchandise qui ne se détériore pas par l'usage et qui soit apte à se changer contre toutes les autres choses. Ainsi, la monnaie n'a été qu'un perfectionnement ajouté au troc avec laquelle apparut la vente au comptant. Quant à la vente à crédit, elle n'apparut que quand on eut atteint une phase de la civilisation assez avancée pour saisir la notion du terme par la combinaison de la vente au comptant et du prêt.

103. — Une seconde hypothèse, appuyée cette fois sur l'ethnologie, pose qu'au commencement était le don. Dans les économies et les droits primitifs on ne constate jamais d'échanges spécifiquement économiques de biens, de richesses et de produits au cours d'un marché passé entre les individus. Selon cette hypothèse, la notion du terme est aussi ancienne que simple. Le don entraîne nécessairement la notion de crédit. L'évolution n'a pas fait passer le droit du stade de l'économie du troc à celui de la vente et de la vente au comptant à la vente à terme. C'est sur un système de cadeaux donnés et rendus à terme que ce sont édifiés, d'une part le troc par simplification, par rapprochement de deux temps autrefois disjoints, d'autre part l'achat et la vente. Celle-ci a pris deux formes : à terme et au comptant. Le prêt lui-même provient de la même source : le don (19).

104. — Si l'on admet la première hypothèse l'on voit que le contrat en tant qu'accord de deux volontés constitua l'instrument de l'échange dès l'aube de l'humanité. Mais si on adhère à la seconde, certains mettent en doute cette conclusion. Jamais, dans ce qu'on appelle l'économie du don, l'échange ne s'est effectué entre deux individus. Ce furent des collectivités politiques qui échangeaient entre elles. La réglementation de leurs relations relevait du droit public et non du droit privé. Il s'agit de statuts et non pas de contrats. Il a fallu, pour que le contrat prenne sa physionomie propre :

(18) Edouard Cuq, *Etudes sur les contrats de l'époque de la première dynastie babylonienne*, Nouvelle Revue d'Histoire du Droit, 1910, pp. 423 et s.

1° Le rendre indépendant de ce complexe régissant des relations extrêmement diverses au sein duquel le statut primitif l'enveloppait, par un processus de segrégation et de spécialisation ;

2° Que l'autorité diffuse dans le groupe s'incarne politiquement dans les chefs et économiquement dans les individus ;

3° Se débarrasser du formalisme qui l'enveloppait. Le contrat ne trouve plus son sens dans ce formalisme dès lors que l'individu acquiert progressivement une valeur en soi susceptible de la protection de la loi face aux rites collectifs eux-mêmes (20).

105. — Cependant que ce soit dans la première hypothèse ou dans la seconde, l'élément essentiel du contrat, c'est-à-dire l'accord des parties, existe en fait. Certes, il y a d'autres éléments à côté de celui-ci en dehors desquels il ne pourrait y avoir de contrat. Mais ces derniers ne sont-ils pas fonction des besoins économiques et sociaux particuliers à chaque époque ? Cette théorie du statut ne prend en considération que le contrat du Code civil, construit sur une base individuelle et libérale qui ne correspond qu'aux besoins de l'époque de l'élaboration de ce Code, besoins qui n'ont jamais été ceux d'aucune période précédente de l'histoire et qui peut-être ne seront ceux d'aucune période postérieure.

§ 2. — L'irréductibilité du phénomène contractuel.

106. — A l'aube de la création de la première société collectiviste, les premiers juristes soviétiques regardaient le contrat (et le droit tout entier) comme un instrument de la société « bourgeoise » qui devait disparaître avec elle. Puisque, par hypothèse, une société collectiviste entend rejeter radicalement l'idée d'une harmonie naturelle résultant de la liberté contractuelle ; puisqu'elle entend que la vie économique soit prise en main par la collectivité, on pourrait concevoir que l'Etat, lui-même, dans le plan et ses prolongements, désigne les tâches de production et de distribution qui s'imposeront aux différentes entités de production, de transformation et de distribution de richesses (21).

Une telle conception se révèle de plus en plus un rêve, voire une utopie, dans les pays collectivistes même. Le contrat persiste et ne

(19) H. Spencer, *Principes de sociologie*, Paris, 1891, 2e éd. — traduit de l'anglais par M. E. Cazelles — pp. 111 et s. ; M. Mauss, *loc. cit.* ; Claude Lévi-Strauss, *Introduction à l'œuvre de M. Mauss, op. cit.* ; Cf. P. Louis Lucas, *Volonté et cause*, Thèse, Dijon, 1918, pp. 25-29.

(20) Davy, *op. cit.*, p. 8.

(21) A. Tunc, *loc. cit.* ; V. Gsovski et K. Grzybowski, *Government law and courts in the Soviet Union and Eastern Europe*, London/La Haye, 1959, T. II, p. 1137.

manque pas de gagner du terrain en U.R.S.S. et dans les démocraties populaires (22).

107. — Il y a d'abord un domaine où le contrat a toujours subsisté, celui des relations entre particuliers, ou entre particuliers et magasins de l'Etat (rapports entre l'industrie étatisée et l'économie rurale). En effet, une fois que l'Etat eut réglementé les aspects importants de la vie économique, il lui est apparu plus simple et plus conforme à la psychologie humaine de laisser le « détail » à la liberté économique.

Or, la nécessité du contrat dans le secteur étatisé n'a pas tardé à s'imposer. La restitution au contrat d'une place d'honneur sert le but de décentralisation et de calcul économique, dans la réalisation du plan. C'est à travers l'établissement des entreprises en unités quasi autonomes qu'est apparu le rôle du contrat dans la relation de ces entreprises entre elles. Des contrats dits planifiés, par opposition aux premiers dits civils, se concluent d'une entreprise à l'autre pour l'exécution des obligations créées entre elles, par le plan et ses prolongements législatifs ou réglementaires. En faveur de ces contrats, « les auteurs soviétiques sont prêts même à faire valoir qu'ils donnent son expression à une nouvelle espèce de liberté, en ce sens qu'ils rendent plus facile la production (23) ».

108. — La chose la plus significative dans l'évolution du contrat en U.R.S.S. et dans les démocraties populaires est le rapprochement des contrats planifiés, dans une certaine mesure du moins, des contrats civils, « l'hommage mérité étant rendu à la loi de la valeur économique » dans les premières (24).

109. — Qu'il s'agisse d'une économie libérale ou collectiviste, l'instrument d'échange reste toujours le contrat ; il est la forme unique de jonction entre deux patrimoines. Cependant, cette comparaison entre systèmes économiques et juridiques différents n'est possible qu'à condition de faire du contrat une simple figure ; le simple accord de volonté dirigé vers une certaine fin (25). Le contrat puise son régime concret dans le système économique dont il est le moyen de fonctionnement.

(22) V. Gsovski et Grzybowski, *op. cit.*, pp. 1146 et s., 117 et s., 1154 et s., 1187 et s., 1353 et s., 1374 et s.

(23) David et Hazard, *op. cit.*, T. II, pp. 58 et s. Cf. Eliachevitch, *Le droit contractuel dans le système du droit soviétique*, R.T.D.C., 1938, p. 403 ; Ch. Bettelheim, *L'économie soviétique*, Sirey, 1950, T. 12, pp. 203 et s.

(24) V. Roman Piotvowski, *De la grande importance que le droit commercial présente pour la coopération pacifique entre les nations*, Le nouveau droit yougoslave, 1958, nos 3-4, pp. 5-8 ; Serebrovsky et Khalfina, *Civil law, in* « Fondamentals of Soviet law », éd. par P. S. Romshkin, 1961, pp. 194 et s.

(25) « Nous ne pouvons arriver à trouver plusieurs institutions juridiques comparables qu'à condition d'opérer sur des schémas très dépouillés, qui ne correspondent pas à la réalité » (J. Carbonnier, *Sociologie juridique, Théorie sociologique des sources du droit, op. cit.*, p. 39).

Sous-section II

LE CONTENU DU CONTRAT, FONCTION DE L'ORDRE ECONOMIQUE

110. — Le contrat, dit-on, est un accord de volonté monté pour une fin pratique : produire des effets de droit. Pour caractériser ces effets, la théorie du droit privé se voit obligée de construire le concept du droit subjectif et de l'obligation corrélative (26).

Or, sous l'influence de la philosophie individualiste, on a donné à la notion purement technique de droit subjectif un contenu idéologique et subjectiviste qui la confond avec la volonté créatrice de ce droit (§ 1). Cependant, même la notion de droit subjectif libérée de ce contenu et distinguée de la volonté créatrice du contrat, on ne cesse pas de voir dans la libre organisation du contenu contractuel le meilleur moyen d'assurer la justice et l'harmonie dans les relations économiques. De même, la loi serait le meilleur défenseur de cette libre organisation (§ 2). On peut penser, au contraire, que l'organisation du contenu du contrat, librement ou par voie autoritaire, est fonction du type de l'ordre économique existant (§ 3).

§ 1. — Contenu du contrat et le droit subjectif.

111. — En concordance avec la philosophie générale de l'époque dite moderne, on a fait du droit subjectif un droit subjectiviste et individualiste déduit de la nature de l'homme individuel et fondé essentiellement sur sa liberté. C'est ainsi que les privatistes l'ont défini d'après Savigny comme « un pouvoir de volonté » (27).

Ainsi, la relation entre l'accord de volonté et les droits et obligations qu'il engendre paraît particulièrement étroite au point de confondre les deux notions.

112. — Poussé jusqu'à la conclusion logique, cette vision extrême du droit subjectif en fait le droit de l'individu pensé en dehors de toute vie sociale organisée, mieux même : en dehors de tout rapport social. Or, ce droit « pouvoir de volonté » doit compter nécessairement, d'une part avec les droits d'autrui, le droit n'étant pas le privilège d'un unique sujet, et d'autre part avec les droits de la société, c'est-à-dire avec le bien général (28).

(26) R. Coing, *Signification de la notion de droit subjectif, Archives de Philosophie du droit*, T. IX, *Le droit subjectif en question*, 1964, pp. 1 et s.

(27) M. Villey, *Leçon d'histoire de la philosophie du droit, op. cit.*, notamment chapitre XI, p. 221.

(28) J. Dabin, *Droit subjectif et subjectivisme juridique, Archives, op. cit.*, pp. 17 et s.

Ceci dit, il apparaît que le problème essentiel n'est pas de définir théoriquement le droit subjectif, mais de trouver correctement comment se répartissent les droits de chacun. Ce problème ne peut se résoudre en termes de volonté mais en termes d'intérêts matériels.

Dans cette optique le droit subjectif ne saurait plus être que « le sien... une relation d'appartenance entre le sujet et une chose » (29). C'est une relation d'appartenance qui confère la libre disposition de la chose, objet du contrat.

Ainsi, la volonté instrument producteur des situations juridiques ne se confond pas avec ces situations. Une fois le contrat conclu, la volonté est reléguée dans le passé. On ne peut plus que tenter de discerner sa projection dans la situation nouvelle.

113. — Ce qui a fait la confusion entre la volonté et la situation juridique qu'elle engendre, c'est que l'article 1134 du Code civil français permet aux contractants de donner, en principe, le contenu qui leur plaît à leur acte juridique (30). Ce ne sont donc, semble-t-il, que des situations subjectives que le contrat fait naître.

En fait, il n'en a pas toujours été ainsi. Il faut d'abord observer qu'il y a toujours une part de statut légal (dispositions supplétives de volonté) dont l'accord des volontés privées ne fait que conditionner l'application (31).

Roubier remarque en outre qu'il y a des contrats, des actes juridiques à la base de la création de situations juridiques dont le contenu est donné par la loi, sans qu'il soit possible aux particuliers, dans leur acte de volonté, de modifier ce contenu (propriété, usufruit, hypothèque, etc.) (32).

La distinction entre l'acte juridique et les droits et obligations qu'il engendre est donc claire. Ces derniers peuvent être organisés par l'acte lui-même, mais ils peuvent aussi l'être par des règles juridiques.

114. — En effet, l'organisation du contenu des droits et obligations que fait naître l'acte juridique ne découle pas de celui-ci en tant qu'instrument d'échange en soi. Elle reflète plutôt les moyens d'organisation de l'économie et révèle le conflit entre la politique libérale et la politique autoritaire (33), entre la libre organisation du contenu contractuel et sa détermination autoritaire. « Envisagée en elle-même, la notion du droit subjectif, comme beaucoup d'autres catégories juridiques, est une forme neutre : tout dépend du contenu qu'y

(29) J. DABIN, *Droit subjectif*, Dall., Paris, 1952, p. 81. Comp. la définition d'IHERING, « Un intérêt juridiquement protégé ».

(30) P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 8, pp. 60 et s., n° 11, p. 81.

(31) CARBONNIER, *Droit civil*, *op. cit.*, n° 93, p. 317 ; GOUNOT, Thèse précitée, p. 331.

(32) *Op. cit.*, n° 8, p. 64.

(33) ROUBIER, *op. cit.*, n° 12, p. 93.

versera le droit objectif. C'est celui-ci qui, optant pour telle ou telle conception, individualiste ou non, de la vie sociale, imprimera sa marque individualiste ou non, aux droits subjectifs consacrés par lui » (34).

§ 2. — Le contenu du contrat et la liberté contractuelle.

115. — A une époque où l'élément essentiel des conceptions dominantes est le principe de l'autonomie de la volonté, il n'est pas surprenant qu'on fasse de la libre organisation du contenu du contrat par la volonté un élément permanent et indispensable de la technique contractuelle (35). La théorie de l'autonomie de la volonté est une « explication » aussi bien qu'une justification du contrat : l'obligation vient de l'homme lui-même, puisqu'il est essentiellement libre ; « qui dit contractuel dit juste ». Toute obligation venue de l'extérieur est une contrainte injuste parce qu'elle limite la liberté (36).

116. — Or, dire que la liberté est une justification du contrat, c'est oublier qu'une fois qu'on s'engage, on n'est plus libre : le contrat est dirigé contre la liberté.

En outre, la proposition disant que ce qui est contractuel est juste repose sur l'égalité rigoureuse des contractants. Or, à quel degré les concepts de liberté et d'égalité sont-ils interchangeables ?

117. — L'absence de la liberté pour une partie de former un contrat ou de déterminer ses clauses implique certes en elle-même l'absence d'égalité. Si cette partie devient libre de toute contrainte elle revient dans une position d'égalité. La question primordiale est donc celle de savoir si cette liberté existe ou non en fait (37). C'est ainsi que les juristes attachés à cette conception de l'autonomie de la volonté font des prodiges de subtilité pour faire entrer dans ce cadre étroit de l'existence ou de l'absence de la liberté réelle tous les faits complexes du monde moderne.

118. — La recherche de la liberté fut envisagée un temps comme pouvant constituer un remède possible aux injustices du contrat de travail par l'intermédiaire de la notion de lésion (38). La tentative s'est révélée inefficace : « La protection des ouvriers, lorsque l'exploitation est collective, ne peut être cherchée dans un moyen judiciaire

(34) Dabin, *Archives de Phil. de Droit, loc. cit.*

(35) Zakzas, *op. cit.*, n° 153.

(36) Marty et Raynaud, *op. cit.*, n°s 32 et 33 ; H. et Léon Mazeaud, *Leçons, op. cit.*, T. 2, n° 116.

(37) W. Friedmann, *Law in a changing society*, London, 1959, pp. 90 et s.

(38) Farjat, *op. cit.*, n° 304 et la bibliographie citée notes 300 et s., Ripert et Boulanger, *op. cit.*, T. II, n°s 450 et s. Sur l'évolution de ce problème, v. : Travaux de l'Association H. Capitant, 1946, Interventions de MM. Rouast et Savatier.

qui ne vise que ce qui est individuel et que les cas individuels » (39). « ... La protection des salariés ne peut résulter que d'une réglementation autoritaire du contrat : fixation impérative d'un taux de salaire minima par l'autorité publique, ou par les groupements professionnels dans les conventions collectives de travail, prohibition de clauses dans le seul intérêt de l'employeur » (40). Une telle réglementation dépasse les relations individuelles bilatérales, tant par son objet que par son esprit et par son domaine d'application (41). Plus généralement, M. le Professeur Carbonnier observe que, « historiquement, il semble que la théorie de la lésion, elle-même, manifeste des interventions de la collectivité dans la formation du contrat » (42).

Des juristes ont tenté, soit d'analyser comme « opérations réglementaires » (43), soit de nommer « contrats d'adhésion » (44) les contrats dans lesquels s'accuse d'une façon permanente la faiblesse d'un des contractants en raison de sa qualité même. On a voulu par cette analyse soustraire ces contrats au régime du droit commun. Pourtant, on n'a rien pu tirer de ces notions. D'une part, le caractère réglementaire que présente souvent l'offre d'un tel contrat ne suffit pas à enlever à l'acte sa qualité de contrat, dès l'instant que deux volontés ayant des intérêts opposés se sont rencontrées (45) et d'autre part, le Code civil s'attache uniquement aux vices de la volonté pour annuler le contrat et la faiblesse n'est pas un vice (46). Seul le législateur peut intervenir pour protéger le contractant faible en substituant aux règles édictées par le Code des règles impératives et frapper d'illécéité les clauses lésionnaires (47). Il s'agit d'une protection générale et abstraite qui dépasse la simple perspective de la volonté des contractants, pour une réglementation inspirée par une politique du commerce (48).

119. — La nécessité de l'intervention dans l'organisation du contenu contractuel s'est imposée lorsque, à la suite de la guerre, soit par l'insuffisance de la production, soit parce que les prix ne sont plus en rapport avec les revenus et les salaires, la plainte du consomma-

(39) R. Saleilles, Bull. Soc. et Lég., 1906, question n° 9, p. 231.

(40) P. Durand et A. Vitu, *Traité de Droit de travail*, T. II, 1950, n° 170.

(41) P. Durand, *Aux frontières du contrat et de l'institution, la relation du travail*, Sem. jur., 1944.1, pp. 387 et s. ; *idem, Naissance d'un droit nouveau, Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle*, Droit social, 1952, p. 437, n° 7.

(42) *Droit civil, op. cit.*, n° 104.

(43) M. Hauriou, Note sous Cons. d'Etat 23-3-1906, S. 1908.3.17 ; L. Duguit, *Les transformations du droit privé, op. cit.*, p. 123.

(44) R. Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, 3e éd., 1925, n° 337, p. 445 ; Gounot, Thèse précitée, pp. 299 et s.

(45) Zakzas, *op. cit.*, nos 108 et s.

(46) Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne, op. cit.*, n° 15.

(47) Ripert, *Aspects juridiques, op. cit.*, n° 15 ; *idem, Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2e éd., Paris, 1948, n° 96.

(48) Ripert, *Aspects juridiques, op. cit.*, n° 16.

teur monte vers le législateur, qui se voit obligé de diriger l'économie. Il s'agit de régler la production pour l'adapter à la consommation, de régler les échanges et les prix pour assurer la distribution des produits (49). Le contenu du contrat ne doit plus dépendre de la seule volonté des parties ; il sera déterminé par le législateur ou le juge. C'est ainsi qu'on a pu parler du contrat dirigé (50), voire du contrat forcé (51), lorsque la loi impose à certaines personnes la conclusion même du contrat.

§ 3. — Le contenu du contrat et l'ordre économique, libéral ou dirigiste.

120. — Il est maintenant aisé de voir la signification de la libre organisation du contenu du contrat (52). Il s'agit d'un certain type de l'organisation générale de l'économie nationale. La libre organisation du contenu contractuel par les parties ne puise pas son explication ou sa justification dans l'autonomie de la volonté. Elle a été et elle est, tout simplement, une fonction sociale, un « service public ». On y trouvait le moyen d'accorder les intérêts particuliers, et de les fondre dans l'intérêt général, fait de leur somme (53).

(49) *Idem*, n° 99.

(50) L. Josserand, *Le contrat dirigé*, D.H., 1933, chr., p. 89 et s. ; *idem*, R.T.D.C., 1937, *loc. cit.* ; A. Rouast, *Le respect des engagements librement consentis et le contrat dirigé, loc. cit.*

(51) L. Josserand, *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal*, D. 1940, chr. 1 ; P. Durant, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, R.T.D.C., 1944, pp. 73 et s. ; *idem, Rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat*, R.T.D.C., 1948, pp. 155 et s. ; R. Morel, *Le contrat imposé*, Mélanges Ripert, T. II, pp. 116 et s. ; G. Farjat, *op. cit.*, n°s 39 et s.

(52) Notre collègue S. Tanagho conclut le chapitre premier de sa thèse, consacré à l'étude du problème moral du contrat, en constatant « que tous les jusnaturalistes sont d'accord pour soumettre la volonté à la morale naturelle. Ni les doctrinaires du contrat social, ni Kant, ne sont des volontaristes absolus à l'encontre de la notion répandue. En effet, un jusnaturaliste ne saurait être un volontariste. Car, par définition, le droit naturel est une barrière à la volonté humaine. Ainsi, « les grands maîtres... qui considèrent apparemment le principe contractuel comme un principe absolu, ne veulent pas, en réalité, s'écarter des propos des grands philosophes jusnaturalistes » (Thèse précitée, n° 35).

Pour une vision qui attribue aux doctrines du droit naturel une fonction sociale, voir : Hubert, *Contribution à l'étude des origines de la notion du droit naturel*, Arch. de Phil. du droit et de soc. jur., 1933, 3-4, notamment p. 98 où l'auteur dit : « Elles (les doctrines du droit naturel) ont pour objet de renforcer la notion de l'ordre applicable à la société, en lui donnant l'appui, ou en en faisant la conséquence nécessaire d'une théorie de l'ordre universel. La loi cesse d'être présentée comme l'expression de la volonté d'un ou de plusieurs individus, voire de plus grand nombre dans la société, ou encore d'une simple accoutumance ancienne. »

(53) J. Flour, *Influence du droit public sur le droit privé*, Travaux de l'Association H. Capitant, 1947, pp. 48 et s. ; Wilfried Baumgartner, *Libéralisme et discipline*, Rev. Pol. et Parl., avril 1961, pp. 25 et s. Sur les circonstances du déve-

Toutefois la libre organisation de l'économie (le marché) n'est pas le seul système concevable. Il y a encore la régulation centralisée ou planifiée. Toutes les économies comportent un « mélange » de régulation ou d'organisation par décision centrale et d'organisation par ajustement de l'offre et de la demande sur le marché.

121. — « Les jurisconsultes individualistes croyaient raisonner dans l'absolu. Mais les plus grands spéculatifs subissent, à leur insu, l'influence de leur temps et de leur milieu (54). »

Dans la société qui coïncide historiquement avec la fin du XVIII[e] siècle, le règne de la volonté individuelle est parfaitement justifié. C'est l'époque des industries artisanales ou manufacturières, des économies paysannes et agricoles. Le marché tend à rapprocher le prix de vente du prix de revient (55) et de servir de moyen de régulation à l'économie. Le contrôle est assuré par les consommateurs et le droit ne vient que pour seconder le libre jeu des lois économiques (56).

Logiquement, ce libéralisme ne pourrait point survivre à sa raison d'être. Le changement des structures économiques a milité pour faire passer le régime économique plus ou moins de la liberté au dirigisme, voire à la planification.

122. — Analysant ces transformations, M. Savatier remarque que les « contrats sont moins considérés, aujourd'hui, comme une libre construction de la volonté humaine que comme une contribution des activités humaines à l'architecture générale d'un pays, architecture que l'Etat entend, maintenant, diriger lui-même » (57).

Or, « en réalité, le contrat a été toujours une contribution des activités humaines à l'architecture générale d'un pays ». A ce propos, il existe une parfaite continuité entre le présent et le passé. La seule différence, c'est l'intervention du pouvoir social et public pour « diriger lui-même » un instrument juridique laissé auparavant, dans une large mesure, « à la libre construction de la volonté humaine » (58).

L'innovation n'est pas de prendre en considération l'intérêt général dans la réglementation des rapports privés. A la vérité, aucun légis-

loppement de la liberté économique, v. P. ESMEIN, *L'intervention de l'Etat dans les contrats*, Travaux de l'Association H. Capitant, 1946, pp. 122 et s. Pour les conséquences de la liberté fonction, v. L. DUGUIT, *op. cit.*, p. 45 ; Abou Elyazid A. ELMATTIT, *La liberté contractuelle et l'ordre public économique*, Rev. Al Mohammah, Le Caire, janvier 1961, pp. 714 et s.

(54) G. MORIN, *La loi et le contrat, La décadence de leur souveraineté*, Paris, 1927, p. 108.

(55) G. LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées*, Paris, 1962, p. 45 ; K. RENNER, *op. cit.*, p. 7.

(56) A. PIETTRE, *Les trois âges de l'économie*, Paris, Les Ed. Ouvrières, 1955, p. 121. Cf. K. KATZAROV, *op. cit.*, pp. 140 et s. ; K. KENNER, *op. cit.*, p. 7.

(57) R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, 2[e] éd., Paris 1950, p. 65.

(58) El KOCHERI, *Thèse précitée*, n° 92.

lateur n'aurait jamais pu s'en désintéresser. Ce sont les moyens qui ont changé (59).

123. — De même que les contractants, dans une organisation économique libérale, s'intégrent dans le milieu juridique libéral créé par cette organisation, dans une organisation autoritaire ils s'intègrent dans le milieu juridique prédéterminé par cette organisation. Qu'il soit une organisation libérale ou réglementée, « le milieu dans lequel s'insère la volonté, sur lequel elle agit, participe à son efficacité, en procurant une base à ces initiatives, en soutenant ou amplifiant leurs conséquences » (60) (61).

124. — La réglementation autoritaire des effets du contrat peut donc s'inscrire dans le droit privé selon ses moyens et sa technique.

La « distinction radicale entre une sphère juridique publique, qui serait politique, et une sphère juridique privée, qui serait a-politique, tend à empêcher que l'on s'aperçoive que le droit "privé" créé par voie de contrats entre particuliers est un théâtre de domination politique tout autant que le droit public créé par la législation et par l'administration. Seulement, ce que l'on nomme droit privé... est, si on l'envisage du point de vue de la fonction que remplit cette partie de l'ordre juridique dans l'édifice total du droit, une forme de création de normes juridiques individuelles adéquate au système économique capitaliste. Elle répond au principe de l'autodétermination, et elle a en ce sens un caractère démocratique... » (62).

Le droit privé était un droit libéral, dit-on. Cela était indéniable, mais il n'en était pas ainsi que parce que les rapports qu'il s'agissait de régler étaient des rapports de droit fondés sur la puissance d'initiative (63) et c'est seulement dans la mesure où ils l'étaient qu'ils étaient régis par le droit libéral.

Le contrat est ainsi l'accord des volontés accompli en vue de produire certains effets juridiques, qu'ils soient aménagés par cet

(59) J. Flour, *loc. cit.* ; Charles Eisenmann, *Du droit public au droit privé, loc. cit.* ; pp. 933 et s. ; A. Rouast, *Le respect des engagements consentis et le contrat dirigé, loc. cit.*

(60) P. Hébraud, *loc. cit.*

(61) En cela, les entreprises nationalisées et les entreprises privées sont également sujettes à l'intervention. Si l'idéologie de la nationalisation demande que l'Etat soit maintenu à l'écart des entreprises dont la propriété est attribuée à la nation, la direction ou la planification exige au contraire de ces entreprises qu'elles obéissent aux directives de la puissance publique (G. Lescuyer, *op. cit.*, p. 2). L'entreprise nationalisée, en raison des ambitions sociales que suppose sa création, est largement une entreprise pilote. Une augmentation de ses salaires ou de ses tarifs risque d'avoir des répercussions sur la politique sociale de toutes les entreprises du pays (*Idem*, p. 25. Cf. L. Julliot de La Morandière, Travaux de l'Association H. Capitant, 1946, discussion, p. 148).

(62) Hans Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, pp. 173 et s.

(63) P. Roubier, *Droit subjectif, op. cit.*, n° 11, pp. 85 et s. Sur la confusion entre l'ordre public et le droit public, Malaurie, *op. cit.*, n°s 57 et s.

accord ou qu'ils soient organisés par la loi, dont l'accord ne fait que déclencher l'application.

Section II

L'APPRECIATION DU CONTENU DU CONTRAT

125. — Notre analyse précédente nous a amené à conclure que l'accord des volontés, l'acte juridique, est une notion seconde par rapport au but d'échange que les parties poursuivent, c'est-à-dire par rapport à l'équilibre qu'elles tendent à établir entre leurs droits et obligations. L'accord des volontés constitue l'instrument créateur du contrat et les droits et obligations constituent son contenu, sans que l'un se confonde avec l'autre. Il devient ainsi concevable que l'organisation du contenu du contrat soit fonction de l'ordre économique en vigueur : que cet ordre soit libéral et le contenu du contrat sera en général laissé aux parties contractantes ; qu'il soit dirigiste et ce contenu sera plus ou moins modelé par l'ordre juridique objectif.

C'est dire que la force obligatoire du contrat est attachée non pas à l'accord des volontés, mais au contenu contractuel, puisque l'accord de volontés n'a qu'une fonction instrumentale. Une fois que l'accord des volontés a donné naissance au contenu contractuel, il doit être relégué dans le passé ; il ne reste plus qu'à chercher les droits et les obligations des parties à la lumière du milieu juridique existant. Comment donc s'effectue cette recherche du contenu contractuel ? Quels sont ses éléments constitutifs ?

A la première question, la réponse est facile : c'est par le moyen de la notion de la cause qu'on cherche le contenu d'un contrat.

Quant à la deuxième, la réponse n'a pas été toujours facile à donner : le contenu de la notion de cause se présente avec des significations différentes, tantôt subjectives, tantôt objectives, selon la conception qu'on se fait du contrat.

Or, ces différentes significations ne font que nous convaincre que la cause est toujours une seule et même réalité dont l'appréciation diffère selon les époques et l'organisation juridique en vigueur : l'équivalence. L'équivalence peut être plus ou moins voulue, plus ou moins imposée par la loi selon l'organisation économique et juridique en vigueur.

Sous-Section I : *Les éléments subjectifs et objectifs du contenu du contrat.*

Sous-Section II : *La qualification juridique du contenu du contrat.*

Sous-Section I

LES ELEMENTS SUBJECTIFS ET OBJECTIFS DU CONTENU DU CONTRAT

126. — La théorie classique, nous l'avons vu, fait du contrat une conception simpliste, purement objective. L'activité de la doctrine cherche ainsi à l'intérieur même de l'acte juridique, l'élaboration de la cause et par là le contenu du contrat et en fait une conception tout à fait subjective (§ 1).

Or, si une conception simpliste et éminemment subjective du contrat produit une conception aussi subjective de la cause, la révélation des éléments objectifs dans le contrat et le développement constant de ces éléments n'auraient-ils pas pour conséquence d'affecter cette conception ? Les éléments objectifs n'ont-ils pas pour aboutissement naturel l'introduction dans la notion de la cause de nouveaux éléments objectifs ? (§ 2).

§ 1. — La conception subjective de la cause et le contenu du contrat.

127. — Pour cette conception, la cause est le but poursuivi par les parties du contrat ; c'est un pourquoi, une raison.

Or, comme les textes ne parlent pas de la cause du contrat, mais de la cause de l'obligation, c'était vers la recherche de celle-ci que se sont orientés les premiers tâtonnements dans l'élaboration de la théorie de la cause. Les théories de la cause furent au début tiraillées entre d'une part la conception subjective du contrat et d'autre part la notion de la cause de l'obligation qui semble être en elle même un élément objectif. Dans leurs tentatives de concilier les deux aspects ils ont abouti en fait à réduire l'élément subjectif à une donnée psychologique « aussi abstraite que possible » (64). Leurs efforts tendirent à distinguer entre le but qui constitue la cause et les motifs. Une fois éliminés les motifs qui sont individuels et propres à chaque contrat et à chaque contractant, la cause apparaît la même pour un type donné de contrat. L'engagement de l'un des contractants est la cause de l'engagement de l'autre. On parvient ainsi à un accord avec les textes qui n'envisagent que la cause de l'obligation.

128. — Une telle limitation de l'étendue de la cause la rapproche, semble-t-il, de l'objet jusqu'à confondre les deux notions. De là, les attaques des anti-causalistes qui nient l'utilité de la notion de cause. Pour ces derniers, il suffit d'exiger que l'obligation ait un objet pour

(64) Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 289 ; F. Terré, *op. cit.*, n° 25.

que l'on atteigne le même résultat pratique que celui visé par l'exigence de la cause de l'obligation.

Ces critiques, jointes à la consécration de la cause par la loi et son application, dans un sens large il est vrai, par la jurisprudence, ont provoqué dans la doctrine un travail d'adaptation de cette notion première de la cause aux solutions jurisprudentielles, en l'élargissant par d'autres éléments subjectifs qui l'ont mise en accord plus étroit avec la conception subjective du contrat.

129. — H. Capitant a inauguré cette tendance dans son œuvre *De la cause des obligations* (65). Il s'inspire de la théorie classique en définissant la cause comme le but des contractants. Tant que le fondement de l'obligation volontaire réside en effet dans la volonté, il faut bien remarquer qu' « à moins d'être fou », on ne veut pas sans raison, sans but. Or, le but ne se confond pas avec l'objet : le but d'un contrat n'est pas l'obligation de l'autre, mais *l'exécution* de l'obligation promise en retour. Capitant détache ainsi le motif déterminant de la volonté réelle pour le faire pénétrer dans la cause (66). Mais, pour lui, la cause, si subjective soit-elle, ne saurait englober la multiplicité des motifs qui déterminent à contracter. Ces motifs ne sauraient être compris dans le but qu'une fois entrés dans le champ contractuel, qu'une fois devenus communs aux deux parties (67).

130. — Certains juristes ont poussé plus loin l'intégration des motifs dans la cause.

Ripert observe que « les motifs restent rigoureusement personnels, et même quand on prétend les faire entrer dans la volonté commune, on s'aperçoit bien vite qu'ils ne peuvent être communs aux deux parties. Il y a connaissance réciproque des motifs, mais non acte de volution portant sur le même objet et se proposant la même fin (68) ». Ainsi, il détruit la barrière faite contre l'introduction des motifs dans la cause et en fait le motif déterminant de l'acte juridique.

Relevant l'étroitesse de la théorie classique, L. Josserand remarque qu'elle ne retient, parmi les mobiles susceptibles de déterminer le consentement des contractants, qu'une catégorie trop limitée : les mobiles intrinsèques, qui correspondent, dans l'esprit des parties, au but immédiat et direct de l'engagement. Pour lui, il faut assurer à la cause une fonction plus large en y introduisant les mobiles concrets, individuels, extérieurs à l'acte.

(65) Paris, Dalloz, 1923 ; cf. aussi les éditions subséquentes.

(66) Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 290, p. 111.

(67) Capitant, *op. cit.*, n° 4, p. 12 ; Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., Paris, 1949, n° 33, p. 63.

(68) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles, op. cit.*, n° 35, p. 64 ; Ripert et Boulanger, *op. cit.*, T. 2, nos 276 et s.

131. — Ce qui frappe, dans cette évolution de la notion de la cause, c'est son effort constant pour s'élargir jusqu'à parvenir à la dimension de la conception subjective de l'acte juridique. Quoique subjective, la théorie classique était, par son étroitesse, en désaccord avec cette conception. Dans la théorie de Capitant, il n'y a pas substitution d'une nouvelle conception de la cause à la conception ancienne (69). Il y a seulement élargissement de la notion de la cause qui la rapproche de la conception purement subjective de l'acte juridique. Le parallélisme est réalisé avec les théories de Josserand et de Ripert. Dans sa dernière forme, la théorie subjective de la cause n'est donc que le reflet direct d'une certaine conception du contrat conçu comme acte juridique purement consensuel et subjectif (70). Certes, le consensualisme semble exiger une conception complètement subjective de la cause. Or, le consensualisme n'a jamais reçu la consécration de toutes ses conséquences en droits français et égyptien. Ces droits s'arêtent au contenu réel de la volonté échangée. De là, la cause s'arrête aussi aux motifs qui ont déterminé cette volonté de s'engager. Il suffit que ce motif ait pu être connu ou même seulement prévu du cocontractant.

Il y a donc une coïncidence nécessaire entre la cause et l'élément psychologique du contrat dans un système fondé sur l'autonomie de la volonté (71). C'est un principe qui exige notamment que la valeur de l'acte soit considérée du point de vue subjectif de la volonté.

Tant que la question de la valeur même de la volonté ne se pose pas, ce cadre subjectif de la cause reste satisfaisant. Cependant, le problème se présente-t-il dans le même cadre lorsque c'est la valeur même de la volonté qu'il s'agit d'apprécier ?

§ 2. — Le reflet des éléments objectifs sur la cause, et le contenu du contrat.

132. — Déjà, dans la théorie classique de la cause, s'il s'agit d'un élément subjectif, cet élément est envisagé sous un angle si abstrait qu'il prend une physionomie objective. La cause est la contre-prestation et elle est la même dans chaque catégorie de contrats.

133. — Le travail de réhabilitation de la notion de cause après les attaques des anticausalistes a consisté à insister sur son aspect psychologique pour souligner la distinction entre celle-ci et l'objet. Mais, en outre, certains, pour échapper aux mêmes attaques, ont

(69) F. Terré, *op. cit.*, n° 265 ; Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, n° 121.

(70) M. Const. A. Stoeanovici et Eugène A. Barasch, *La théorie moderne de la cause des obligations et son expression dans le projet du Code roumain*, Mélanges H. Capitant, *op. cit.*, p. 781.

voulu surtout accuser la différence entre la cause et le consentement en éloignant davantage la cause des motifs pour en souligner les éléments objectifs, voire économiques. Pour ceux-ci, il ne s'agit même pas d'un élément subjectif envisagé sous un aspect tellement réduit et abstrait qu'il prend un caractère objectif, mais bien d'un élément dont la nature originaire est objective et qui est demeuré tel. La cause est la raison d'être économique de l'obligation. C'est « une nécessité compensatoire incluse dans une prestation ou dans un fait » (72). Celle-ci étant un appauvrissement du débiteur, elle ne peut se justifier que par un enrichissement correspondant qui doit être apprécié de façon purement objective, indépendamment de toute appréciation personnelle de celui qui s'engage (73).

Il est évident qu'une telle conception ne peut se justifier qu'avec une conception purement objective de la justice contractuelle. Elle conduit à sanctionner très généralement la lésion, ce qui est en désaccord avec les textes du Code civil (74). Mais cette objection ne va-t-elle pas saper à sa base toute recherche sur le rôle des éléments objectifs du contrat dans la cause ?

134. — Ce rôle reste sous-jacent même dans la conception fondée sur un point de vue subjectif. M. Hebraud remarque, en effet, que : « lorsque Capitant fait résider la cause dans le but poursuivi par le contractant, on ne saurait oublier que l'idée de ce but à atteindre est suscitée par l'existence d'une situation objective qu'il s'agit de modifier et des moyens qui permettent d'y parvenir (75) ».

Pour M. Maury, la cause du contrat c'est l'équivalent voulu. La cause de M. Maury comporte donc une part certaine d'objectivisme par le rôle qu'il assigne à l'équivalence, élément objectif et extra-psychologique en lui-même (76).

Ceux qui poussent la cause subjective jusqu'aux motifs n'ont pu le faire sans admettre, à côté de cet élément subjectif, un autre élément objectif. Josserand opposait « la cause du Code civil ou mobile intrinsèque et abstrait » à « la cause impulsive et déterminante ou mobile individuel (77) ». Ripert et Boulanger distinguent aussi, la cause « élément objectif » ou motif déterminant tiré de l'économie du contrat, de la cause « motif individuel et concret (78) ». Et M. Carbonnier constata que « l'accord semble se faire pour reconnaître que le

(71) G. Vedel, *Essai sur la notion de la cause en droit administratif français*, Thèse, Toulouse, 1934, pp. 270 et s.

(72) P. Louis Lucas, *Volonté et cause*, Thèse précitée, p. 134. Cf. Gounot, *op. cit.*, pp. 365 et s.

(73) Marty et Raynaud, *op. cit.*, n° 177.

(74) *Ibid.* ; Ripert, *La règle morale, op. cit.*, n° 32.

(75) P. Hébraud, *loc. cit.*

(76) Thèse, *op. cit.* ; *idem*, Rapport aux Troisièmes Journées franco-latino-américaines de Toulouse (1950), Rev. Int. Dr. comp., 1951, pp. 485 et s. ; *idem* Rép. Dalloz, V° cause, surtout n° 6, pp. 174 et s.

(77) *Cours*, T. II, n°s 129 et s.

(78) *Traité, op. cit.*, T. II, n°s 291-293.

mot "cause" recouvre deux acceptions différentes auxquelles peuvent être attachées deux séries différentes de solutions (79) ».

135. — Si la volonté, agent créateur des situations juridiques, est le moteur de la vie sociale, il n'en est pas moins exact qu'elle s'appuie sur l'organisation juridique existante. Le milieu dans lequel elle agit — institutions concrètes qui fondent l'ossature de la société et droit objectif sous la forme de normes abstraites et générales — conditionne son efficacité en l'orientant, voire en la limitant (80).

« La vie économique ne nous présente pas cette entité abstraite qu'est le contrat en soi, mais des ventes et des baux, des contrats de travail ou de société (81) », tant de catégories constituées par des éléments objectifs, matériels ou formels (82) (83). Et l'expérience montre que ces catégories se retrouvent avec une grande constance à travers les âges et les pays, ce qui prouve qu'il s'agit moins de la volonté avec ses possibilités infiniment diversifiées et renouvelées que des besoins du commerce juridique (84).

Si le libéralisme et le principe de consensualisme limitent considérablement l'importance des catégories contractuelles et des qualifications, elle ne la supprime pas, car de la qualification attachée à tel ou tel contrat dépend sa validité et son régime d'autant plus que l'actuel déclin du libéralisme a donné une importance nouvelle aux catégories et donc aux qualifications.

(79) *Droit civil, op. cit.*, n° 109, p. 369. De cette opinion en Egypte, Abd Elhai Hegazi, *La théorie générale de l'obligation*, T. I, 1962, n°s 154 et 195 ; Soliman Morcos, *Théorie des obligations*, T. I, Le Caire, 1960, n° 165 ; Bochra Gendi, *La théorie de la cause et la théorie du motif*, Al Mohamaah, décembre 1961, pp. 337 et s.

(80) P. Hébraud, *loc. cit.* ; A. Barreyre, *L'évolution et la crise du contrat*, Thèse, Bordeaux, 1937, pp. 74 et s.

(81) Carbonnier, *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, loc. cit.*

(82) F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, 1957, pp. 19 et s.

(83) Un juriste, qui a étudié le contrat dans le droit continental, n'a pas hésité à conclure que, dans le droit civil, la promesse n'oblige que par l'un des trois éléments : la cause suffisante, la forme, et la confiance dans ses différentes formes (Gino Gorla, *Le contrat dans le droit continental et en particulier dans les droits français et italien*, Résumé d'un cours, Edition de l'Institut Universitaire d'Etudes européennes, 1958, notamment pp. 89 et s.).

(84) Certes, l'emprise de la volonté individuelle sur les éléments de catégorisation du contrat est complète dès qu'aucune règle d'ordre public n'est violée (F. Terré, *op. cit.*, pp. 19 et s.). Mais les traits caractéristiques du contrat ne sont guère altérés par les clauses qu'introduit la volonté dans le contrat, tant qu'elles se limitent à des points de détail. Une fois que leur fréquence ou leur ampleur les transforme en clauses de style ou provoque la rédaction de contrats types, ils créent à l'intérieur du genre légal des variétés nouvelles qui acquièrent une constance objective dans laquelle les contractants perdent nécessairement leur liberté telle qu'ils se contentent désormais de s'y référer, si même elles ne sont pas contraintes de s'y soumettre comme partie de l'organisation existante. (Cf. M. Jacques Leauté, *Les contrats types*, R.T.D.C., 1953, pp. 429 et s.)

Or, une « qualification-type implique une cause-type (85) ». M. Boyer relève certains éléments permanents et constants, nécessaires à la conclusion d'un contrat d'un type ou d'une catégorie donnés. Cette permanence et cette nécessité en font alors des éléments objectifs. L'auteur les désigne sous le terme d' « éléments catégoriques (86) ».

136. — La corrélation entre le contenu de la cause et les bases objectives sur lesquelles le contrat s'édifie et exerce son action se dégage clairement de l'analyse doctrinale précédente. On peut alors se demander si la cause n'englobe pas, à côté des éléments subjectifs qui correspondent à l'aspect volontariste et consensualiste, tous les éléments définis par le droit dans son sens large, soit pour déterminer chaque catégorie de contrats, soit pour lui donner en partie ou en totalité un contenu obligatoire (87).

Dans un régime de liberté contractuelle, la théorie de l'objet constitue un minimum d'objectivisme nécessaire (88). Pour le reste du contenu de la cause, il s'agit d'éléments psychologiques. Dès que se restreint le domaine de la liberté, et dans la mesure de ses restrictions, la cause et ses éléments psychologiques se transmutent en éléments objectifs puisés dans la réglementation légale elle-même.

Sous-section II

LA QUALIFICATION JURIDIQUE DU CONTENU DU CONTRAT

137. — Si on conçoit le contrat comme un acte juridique qui puise ses bases dans l'organisation économique objective, la cause

(85) F. Terré, *op. cit.*, n^{os} 274 et s.

(86) L. Boyer, *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Paris, 1947, pp. 103-121.

(87) G. Vedel, *op. cit.*, pp. 491 et s.

(88) C'est, semble-t-il, ce caractère fonctionnel de la cause qui se trouve derrière l'affirmation des anticausalistes que la cause (au contenu classique) n'ajoute rien aux éléments du contrat, puisqu'elle se confond avec l'objet. Il se trouve encore derrière l'observation de M. le Professeur Carbonnier : « La nullité pour cause illicite semble quelquefois faire double emploi, voire triple emploi avec la nullité pour objet illicite et surtout la nullité pour violation de l'ordre public » (*Droit civil*, T. II, n° 111, p. 375 et n° 113, p. 378. Cf. Rustan, Thèse précitée, pp. 74 et s. Pour une analyse détaillée, Ph. Malaurie, *op. cit.*, n^{os} 254 et s., notamment n° 261 : l'auteur dit que « la véritable opposition n'est pas entre l'objet et la cause, mais entre la conception conceptualiste de l'objet et de la cause et la conception réaliste de ces mêmes notions », et n° 279 où il dit : « Aujourd'hui, ce sont (la cause et l'objet) des notions très voisines qui dépeignent le contenu réel du contrat »).

C'est lui, enfin, que visent MM. Marty et Raynaud quand ils disent que « le rôle de qualification que peut être amenée à jouer la cause implique nécessairement l'inclusion dans cette notion d'éléments objectifs (*Traité, op. cit.*, T. 2, n° 184).

est donc irréductible à la conceptualisation. Elle contient des éléments subjectifs, mais ces éléments n'épuisent pas sa substance. Elle implique des éléments objectifs, mais ces éléments ne sauraient effacer les éléments subjectifs. La prépondérance des uns ou des autres dans chaque espèce dépend du « degré d'autonomie qu'exprime l'acte (89) ». Les contrats accomplis avec une liberté souveraine tirent leur force de la volonté elle-même, ce qui fait passer au premier plan l'aspect subjectif de la cause. Les contrats conditionnés et déterminés par des données objectives font apparaître son aspect objectif directement et non pas seulement à travers leur reflet psychologique.

L'erreur des conceptions tant subjectives qu'objectives de la cause vient de ce qu'elles n'ont pas vu la nature exacte de la cause, conséquence de leur vision partielle du contrat. Elles n'ont pas voulu prendre le contrat comme phénomène « total » comprenant des éléments qui tiennent à la fois à l'initiative individuelle et à l'organisation réelle et concrète de l'institution contractuelle.

138. — Cependant, aussi irréductible à l'unité conceptuelle qu'elle soit, la cause trouve son unité parfaite sur le plan fonctionnel (90). « Placée au cœur du mécanisme contractuel, et en relation avec toutes ses articulations, elle fournit une expression synthétique de la nature et de la justification de l'acte (91). »

De ce point de vue, toutes les théories de la cause, et même la position des anticausalistes, expriment une seule et même réalité considérée seulement sous des angles différents (92).

139. — La notion de cause se ramène, nous semble-t-il, à la notion d'équivalence, mais *sans qualification*, sans qu'elle soit nécessairement voulue. Selon l'espèce, cette équivalence peut être voulue, mais elle peut être aussi plus ou moins déterminée par l'organisation économique concrète et légale ; elle peut être imposée à la volonté. Le Doyen Hamel nous paraît entrevoir très bien le problème à propos de la question particulière de la lésion lorsqu'il dit que « Le droit civil organise le cadre dans lequel le contrat doit se développer, dans lequel les volontés vont insérer le contenu du contrat ; mais *le droit*

(89) P. Hébraud, *loc. cit.*

(90) Les notions conceptuelles sont celles qui « peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes » ; « l'utilisation de toutes ces notions dépend de leur contenu, le contenu ne dépend pas de l'utilisation ». Les notions fonctionnelles « procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité. La notion fonctionnelle n'est "jamais achevée" ; on ne peut pas la définir "sinon en indiquant ce à quoi elle sert, sa fonction" ». (G. Vedel, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, J. C. p. 1950.1.851, cité par F. Terré, *op. cit.*, n° 638.

(91) P. Hébraud, *loc. cit.*

(92) Pour une analyse détaillée de cette conséquence, Zakzas, *op. cit.*, n°s 155 et s.

civil ne se préoccupe pas de ce contenu du contrat... C'est *la notion de cause qui passait au premier rang, à savoir le but,* comme le défend H. Capitant, que se sont proposée les contractants... Or, *si nous voulons introduire la théorie de la lésion dans le droit civil* avec une large portée, *nous concevons que l'équivalence de deux prestations soit prise en considération, ce qui nous amène à introduire le droit dans le contenu du contrat* et à poser sur le terrain contractuel la notion de valeur (93). »

140. — L'évolution de l'ordre économique ne saurait, on peut désormais l'affirmer, détruire le contrat. Le contrat est l'expression des besoins économiques éternels. La notion du contrat est, et a toujours été suffisamment souple pour embrasser « tout acte de volonté bilatérale, fait conformément à l'ordre juridique objectif d'un moment donné, lui conférant certains effets juridiques dans les rapports des particuliers (94) ». La condamnation du mécanisme contractuel ne peut être un programme suffisant pour l'avenir. Peut-on demander quelles institutions réaliseront la fonction du contrat ? Tout au plus, le contrat doit adapter son régime aux phénomènes nouveaux. L'organisation libérale doit céder plus ou moins la place à une organisation rationnelle, pas à pas avec les transformations de l'ordre économique de libéral qu'il était à un ordre dirigiste. Quels sont donc les facteurs économiques qui militent en faveur de cette transformation et comment le régime du contrat peut-il y répondre ? C'est ce que nous essayerons d'analyser dans le prochain chapitre.

(93) T. A. H. Capitant, 1946, Discussion des rapports de MM. Mazeaud et Kluyskens, sur la lésion dans les contrats, p. 223.

(94) C. Stoyanovitch, *op. cit.*, p. 449.

CHAPITRE III

Les transformations de l'ordre économique libéral et leurs répercussions sur l'organisation du contenu du contrat.

141. — Les juristes n'aiment guère s'étendre quand ils traitent les facteurs économiques qui se trouvent à la base de l'évolution du régime contractuel. Pour dégager ces facteurs, il suffit de comparer la structure de la société moderne à la structure de la société ancienne ou de mettre l'accent sur tel ou tel fait : la misère ouvrière, l'apparition de grandes puissances économiques ou les bouleversements économiques qui ont accompagné les guerres, sans essayer de saisir ce qu'il y a d'enchaînement, de relation de cause à effet entre tous ces faits. On n'aperçoit pas à quoi peut servir une étude du mécanisme général des transformations de l'économie contemporaine.

Il est permis d'affirmer que c'est cette méthode qui est à l'origine de nombreuses contradictions qui caractérisent aujourd'hui les recherches en matière d'adaptation du contrat aux circonstances économiques. La plupart du temps, on arrive à des conclusions hâtives ou du moins on reste à mi-chemin, incapable de tirer toutes les conséquences de l'évolution qui se déroule.

L'étude du mécanisme général de la formation des prix dans l'économie contemporaine s'impose, comme recherche préalable indispensable à notre analyse juridique quand on veut bien considérer les données du problème d'un peu plus près.

142. — D'après les économistes libéraux, le prix se fixe spontanément au niveau le plus bas qui soit compatible avec les nécessités de la production. Il incite les entrepreneurs à pousser la production jusqu'au point où elle est en équilibre avec la consommation. On affirmait que la libre concurrence, la liberté du commerce et de

l'industrie, constitue l'ordre économique de la nature et que le marché est le meilleur mode de régulation de l'économie.

Il a fallu attendre les bouleversements économiques du XX^e siècle, les inégalités et les injustices qu'ils ont suscités, et l'interventionnisme, voire la planification, qui les ont accompagnés ou suivis, pour se demander si l'économie croissante n'implique pas en elle-même l'idée de contrôle, de régulation par voie plus ou moins autoritaire.

143. — C'est dire que l'Etat doit se charger de la direction de l'économie nationale en vue d'assurer une croissance harmonieuse où chacun reçoit sa rémunération juste, sa part équitable dans le revenu national dont il contribue à la création. Or, par quels moyens l'Etat peut-il arriver à ce but ? Par la protection des faibles ? Par le rétablissement du mécanisme de l'économie libérale ? Par une politique générale des revenus ?

De la réponse à cette question dépend la détermination du rôle que doit avoir le droit objectif dans la fixation du contenu des contrats et de celui de la volonté libre des parties. S'agit-il d'interdire certaines clauses et pratiques contractuelles injustes ou nuisibles à l'économie ? Quel critère peut nous permettre de distinguer les clauses injustes ou nuisibles ? S'agit-il, au contraire, de compléter la volonté des parties de sorte que le domaine d'action du droit objectif se limite aux cas où celles-ci n'ont pas prévu certaines modifications économiques ? S'agit-il, enfin, d'une fixation légale du contenu du contrat, d'un modelage de celui-ci plus ou moins strict dès sa formation et pendant sa vie ?

Pour donner une réponse satisfaisante, il est nécessaire d'une part de saisir le pourquoi du problème : les faits bruts et leur enchaînement, les différentes actions et réactions que ces faits provoquent, et, d'autre part, de considérer les possibilités d'action et leur chance de réussite.

SECTION I : *Equilibre économique et libre détermination des prix.*

SECTION II : *Equilibre économique et nécessité de la direction des prix.*

SECTION I

EQUILIBRE ECONOMIQUE ET LIBRE DETERMINATION DES PRIX

144. — Ce sont les économistes classiques qui ont formulé les lois du mécanisme des prix dans l'économie libérale. Le prix est le résultat des décisions des acheteurs et des vendeurs. Le prix ainsi

formé détermine le volume de la production et de la consommation et régit l'économie tout entière (1).

Cet état d'interdépendance entre les variables économiques a suggéré à la pensée économique néo-classique un état d'équilibre entre la production et la consommation. De là l'affirmation que la libre concurrence incite le producteur à maximiser sa production et que le volume de cette production coïnciderait avec celui de la production socialement désirable.

Dans ces conditions, la répartition du revenu national ne paraît qu'une simple application de la théorie générale des prix au problème de la rémunération des facteurs (2).

145. — En fait, il ne peut en être ainsi qu'en l'absence de toute « croissance » économique.

Or, la croissance provoque une modification du partage du revenu national entre les principaux agents économiques. On peut difficilement supposer que les différents groupes d'agents économiques seront tous satisfaits des parts qu'ils encaissent et qu'ils ne chercheront pas à les augmenter en modifiant leur comportement, en agissant sur les conditions de la formation des prix. On assiste ainsi à un dirigisme privé des prix.

Sous-section I : *Libre détermination des prix et croissance.*

Sous-section II : *Croissance économique et dirigisme privé.*

Sous-section I

LIBRE DETERMINATION DES PRIX ET CROISSANCE

146. — Si la loi de l'offre et de la demande est le moteur de la vie économique, l'existence de la monnaie a conduit à une dichotomie fondamentale dans l'analyse économique. On s'est imaginé pouvoir distinguer le domaine « réel » du domaine monétaire. Le domaine « réel » est régi par la loi de l'offre et de la demande individuelles des biens et des services réels et met en cause les prix relatifs. Le domaine monétaire est régi par la loi de l'offre et de la demande globales de monnaie et détermine le niveau général des prix (3). Dans cette analyse, il y a donc un facteur qui agit sur l'ensemble des prix, indépendamment des fluctuations de l'offre et

(1) J. Marchal, *Le mécanisme des prix*, 2e éd., Paris, 1960, p. 9.

(2) J. Lecaillon, *Croissance et politique des revenus*, Editions Cujas, Paris, 1964, p. 13.

(3) C. Ponsard, *L'actualité de la théorie quantitative de la monnaie*, Etude et conjoncture, février 1958, pp. 167 et s.

de la demande sur chacun des biens et des services, comme si, abstraction faite de ces fluctuations, la loi de l'offre et de la demande s'appliquait à la monnaie elle-même (4) (§ 1). Cependant, on reconnaît aujourd'hui que l'offre et la demande de la monnaie dépendent de l'offre et la demande réelles (§ 2). Or, l'offre et la demande « réelles » sont, par nature, en perpétuel déséquilibre dans une économie en croissance (§ 3).

§ 1. — Libre détermination des prix et quantité de la monnaie.

147. — Selon la doctrine classique, le niveau des prix est directement fonction de la quantité de monnaie sur le marché. Les fluctuations des prix proviennent d'un désajustement entre la demande globale en monnaie et l'offre globale en valeur des biens et des services exprimée en unités monétaires. Dans l'ensemble de l'économie, l'accroissement de cette quantité agit dans le sens de la hausse.

148. — Si donc, surtout depuis la Première Guerre mondiale, on assiste à un mouvement continu de hausse du niveau des prix, ce n'est que par l'effet de l'accroissement de la quantité de la monnaie par rapport au volume des transactions ou à celui des biens et des services.

Auparavant, la quantité de monnaie dépendait d'un facteur que l'Etat ne contrôlait pas : la quantité de métal produite en vue de l'usage monétaire.

Le rendement des mines de métal précieux commandait le volume de la masse monétaire en circulation. Certes, la monnaie fiduciaire et scripturale a pris le pas sur la monnaie métallique, mais la convertibilité suffisait à régulariser la quantité de monnaie mise en circulation (5).

C'est l'écroulement de ce mécanisme naturel de régulation de la quantité de la monnaie, par l'inconvertibilité, qui a supprimé tout frein à l'augmentation de cette quantité. Pendant la Première Guerre mondiale, et après elle, les pouvoirs publics ont recouru à l'émission de la monnaie pour financer les opérations militaires et pour reconstruire et rééquiper le pays. Cette émission procura à l'Etat, sans délai, des moyens de paiement théoriquement gratuits (6).

149. — En fait, depuis longtemps, l'insuffisance de la théorie quantitative pour expliquer les mouvements cycliques a été dénoncée. Récemment encore, elle a été mise en doute en ce qui concerne

(4) B. Nogaro, *La monnaie et les phénomènes monétaires contemporains*, 2e éd., Paris, 1948, p. 207.

(5) V., H. Guitton, *Fluctuations économiques*, Paris, Dalloz, 1958, nos 135-142.

(6) Doucet, Thèse précitée, p. 37 ; Crawther, *op. cit.*, pp. 179 et s.

l'explication des mouvements à long terme. D'une part, si la hausse des prix reflétait purement et simplement l'augmentation de la quantité de la monnaie, on aurait assisté à la hausse proportionnelle de tous les prix, ce que dément l'observation (7). D'autre part, la hausse générale des prix n'est pas toujours l'effet d'un accroissement exceptionnel de la quantité de monnaie, cet accroissement pouvant être lui-même la conséquence d'une hausse des prix provoquée par tous les autres facteurs (8).

150. — Si ces critiques ont ébranlé la théorie quantitative, il n'en reste pas moins qu'elles concernent davantage cette théorie en soi que sa liaison avec la théorie des prix relatifs. Elles opèrent tout simplement un déplacement de l'intérêt, de la quantité de la monnaie au volume des dépenses, à la demande globale (9).

En effet, les variations dans la quantité de la monnaie se manifestent à travers la demande des biens et des services sur les divers marchés. C'est précisément dans une économie où les échanges tendent à se multiplier que la quantité de la monnaie s'accroît. Si cette quantité n'est pas suffisamment élastique pour répondre à l'augmentation des transactions, on assiste à un phénomène d'accélération de la vitesse de circulation de la monnaie pour compenser l'insuffisance de sa quantité, en dehors de toute émission nouvelle. Avec un même stock de monnaie, un nombre très variable d'échanges peut être effectué sans que cela implique nécessairement un changement dans le niveau des prix. Ainsi, que ce soit au moyen de la monnaie métallique ou fiduciaire, ou même scripturale, il peut y avoir une création de pouvoir d'achat nouveau se traduisant par un accroissement de la demande (10).

151. — L'élasticité du régime monétaire moderne répond donc à un besoin économique beaucoup plus profond. Elle n'est, en effet, que le reflet d'une politique économique et sociale.

Les pays développés souffrent de l'insuffisance de l'investissement induit. En conséquence, leurs gouvernements s'efforcent de réaliser une politique de plein emploi. Or, cette création facile de moyens de paiement provoque de vastes investissements (11). Le docteur Schacht l'a parfaitement démontré au lendemain de la Première Guerre mondiale (12).

(7) G. Maynard, *Economic development and the price level,* London, 1962, p. 4.

(8) B. Nogaro, *La monnaie et les phénomènes monétaires contemporains, op. cit.,* p. 201.

(9) R. Barre, *Economie politique,* Thémis, T. 2, Paris, 1964, pp. 488 et s.

(10) *Idem,* p. 223.

(11) Doucet, Thèse précitée, p. 43.

(12) Maurice Flamant, *Théorie de l'inflation et politiques anti-inflationistes,* Paris, 1952, p. 103 ; *idem,* Préface de Jean Marcel Jeanneney.

Le procédé est, semble-t-il, encore plus adapté aux nécessités des pays en voie de développement. Ces pays souffrent d'une insuffisance d'épargne volontaire due d'abord au bas niveau des revenus, ensuite à l'absence d'un mécanisme financier approprié pour transférer le pouvoir d'achat des épargnants aux entrepreneurs. Or, la création de la monnaie met le pouvoir d'achat directement dans la main des entrepreneurs. Par là même, elle transfère le revenu national des secteurs où la propension à l'épargne est basse à ceux où cette propension est élevée (13).

La preuve de la dépendance de la quantité de monnaie envers l'offre et la demande est particulièrement fournie par l'exemple de l'Egypte. Dans ce pays, la circulation monétaire suit les fluctuations du volume et du prix de la récolte du coton. A partir du mois de septembre, chaque année, l'émission évolue en fonction de leurs fluctuations (14).

Pour expliquer le mécanisme de la vie économique moderne, il faut donc rechercher des relations de cause à effet beaucoup plus profondes dans le domaine de l'offre et de la demande des biens.

§ 2. — Libre détermination des prix et l'offre et la demande réelles.

152. — Le domaine réel est régi par la loi de l'offre et de la demande individuelles des biens et des services. Ecartant le « voile » monétaire, la pensée économique de la fin du XIX^e^ siècle et du début du XX^e^ avait construit une théorie de l'équilibre général, élaborée à partir de l'équilibre partiel de l'entrepreneur individuel (15).

Pour l'entrepreneur individuel, la demande est une « donnée » présente à laquelle il s'efforce de s'adapter en modifiant le volume de son offre et en combinant, dans ce but, une quantité plus ou moins importante de facteurs de production. Grâce à cet ajustement de l'offre à la demande, par une modification des prix de vente sur le marché des produits et par une modification des prix des facteurs de production sur leur marché, on parvient à une position d'équilibre de tel ou tel secteur ou branche de l'activité économique. Dans cette position, la production est portée au maximum et les facteurs sont pleinement employés (16).

(13) G. MAYNARD, *op. cit.*, chapitre 1 ; DELIVANIS, *L'intensité des pressions inflationistes dans l'économie sous-développée*, Rev. de Science Financière, 1957, pp. 279 et s.

(14) G. M. ZEITOUN, *Le contrôle des prix en Egypte depuis la deuxième guerre mondiale*, Thèse, Paris, 1959, pp. 96 et 99.

(15) J. LECAILLON, *op. cit.*, p. 13.

(16) J. MARCHAL, *op. cit.*, pp. 143 et s. ; LECAILLON, *op. cit.*, p. 13 ; J. SCHUMPETER, *Capitalisme, Socialisme et Démocratie*, traduit de l'anglais par Gael Fain (Payot), Paris, 1963, pp. 113 et s.

A partir de cet équilibre partiel, se dégage l'équilibre global. En effet, dans cette pensée, la production globale n'est que l'addition des production individuelles (17).

153. — Une telle analyse fait abstraction du temps ou, du moins, conçoit le temps comme un élément neutre qui ne charrie avec lui aucun élément étranger (18). Elle pose des « données » qu'il n'y a pas lieu de discuter et sur lesquelles elle construit un édifice scientifique qui est réputé valable lorsqu'il satisfait entièrement aux exigences de la logique (19).

Il y a là une grave erreur. Pour saisir la réalité, il faut se placer dans un monde en mouvement, c'est-à-dire qu'il faut tenir compte d'un temps « concret, possédant un contenu, chargé si l'on peut dire, de conjoncture (20) ». La demande n'est pas, en effet, une donnée présente ; elle évolue avec le temps. L'accroissement de la production a pour conséquence de l'augmenter. D'une part, il augmente le revenu global et, d'autre part, l'augmentation de ce dernier entraîne l'augmentation des biens de production (21). Bref, l'analyse apparaît comme essentiellement « statique » et le « mouvement » qui tient une si grande place dans l'analyse contemporaine y est à peu près absent.

Le phénomène de la croissance se présente dès l'instant où on aborde le problème de l'équilibre économique en termes globaux. La demande globale ne peut pas être considérée comme une donnée mais comme une fonction de la répartition et de l'utilisation du revenu global. Une analyse, qui peut être qualifiée de sociologique, s'impose (21).

§ 3. — Libre détermination des prix et croissance économique.

154. — La production et la consommation sont les deux pôles de la vie économique. « L'homme produit pour consommer ; la consommation est le but, la production le moyen (22). »

Jusqu'à une date récente, on pouvait penser que le déséquilibre, les poussées du niveau des prix étaient un phénomène inhérent au relèvement économique des pays touchés par la guerre et non pas un fait d'une importance permanente. D'énormes besoins insatisfaits s'étaient accumulés dans le domaine de l'investissement et de la consommation auxquels correspondaient des liquidités particulière-

(17) J. MARCHAL, *op. cit.*, p. 67.
(18) J. MARCHAL, *op. cit.*, p. 14.
(19) A. MARCHAL, *Science économique et facteurs sociologiques, in* « Droit, économie et sociologie », *op. cit.*, pp. 197 et s.
(20) J. MARCHAL, *op. cit.*, pp. 69-72 et p. 163.
(21) J. LECAILLON, *op. cit.*, p. 14.
(22) Jean FOURASTIÉ, *Le grand espoir du XX^e siècle*, édition définitive, 1963, Collection Idées, p. 27.

ment abondantes qui facilitaient le financement des achats (23). Or, le déséquilibre et la hausse des prix n'ont pas cessé de constituer un problème. En fait, l'instabilité des prix est inhérente à un phénomène beaucoup plus général que la guerre : celui de la croissance économique.

155. — Envisagée sous son aspect le plus simple, la croissance économique se définit par une augmentation de la production et de la consommation par tête (24). Si tout le monde n'est pas d'accord sur l'itinéraire de l'évolution de la société moderne, il est hors de discussion que le développement technique a fait de la croissance la caractéristique de l'économie moderne (25).

Toutefois, le progrès technique n'étant pas égal dans toutes les branches et tous les secteurs de la production, il s'accompagne d'un développement inégal de ces différentes branches et secteurs. Si l'intensité de ce progrès est considérable dans les branches et secteurs industriels, elle est moyenne dans l'agriculture et faible ou éventuellement inexistante dans les secteurs et branches qu'on appelle tertiaires. Ainsi, la production globale est en augmentation constante, mais elle a une tendance naturelle à augmenter de manière très irrégulière selon les secteurs de la vie économique et parallèlement avec le progrès technique (26).

Or, l'autre fonction économique, c'est-à-dire la consommation, vient justement modifier cette fonction de la production. Cette dernière doit s'y soumettre plus ou moins à long terme puisqu'on ne fabrique pas les produits dont les gens ne veulent pas.

En effet, la consommation est dominée par la notion de saturation rapide des besoins sous l'influence de l'abondance relative de certains biens désirés d'une façon particulièrement intense. Or, la saturation est la plus rapide dans les produits alimentaires. Elle est moins rapide quant aux objets manufacturés et beaucoup plus faible quant au secteur tertiaire.

Aussi la structure de la consommation croissante ne s'accorde-t-elle pas automatiquement avec la structure de la production croissante. Ce désaccord entre les deux phénomènes fondamentaux de la vie économique, dont les lois internes sont indépendantes, est à la source de la désadaptation entre la structure de la production et la structure de la consommation. Ce désajustement doit se traduire par une variation continue des prix. Plus la croissance est rapide, plus cette variation est sensible. De là vient la constatation, dans la longue période, d'un abaissement relatif des prix industriels par rapport aux prix agricoles, de ces derniers par rapport aux prix dits

(23) *Le problème des hausses de prix*, Publication de l'O.E.C.E., 1961, pp. 9 et s.
(24) J. LECAILLON, *op. cit.*, p. 20.
(25) Cf. Maurice DUVERGER, *Introduction à la politique*, Collection Idées, 1964, pp. 323 et s.
(26) J. FOURASTIÉ, *op. cit.*, p. 79.

tertiaires (27), et des prix des biens ou des services de chaque secteur par rapport aux autres dans le même secteur (28) (29).

156. — Le phénomène du déséquilibre entre la production et la consommation se trouve beaucoup plus renforcé dans les pays en voie de développement (30).

La plupart des économies en voie de développement dépendent de l'exportation *des matières premières* (31). En conséquence, ces économies souffrent d'une grande instabilité, qui vient de la non élasticité de l'offre et de la demande de ces matières et du fait que les prix de ces matières sont souvent déterminés sur les marchés internationaux. Les « termes d'échange » évoluent dans un sens de plus en plus défavorable aux intérêts de ces pays (32). Cette situation devient particulièrement aiguë quand, comme c'est souvent le cas, la monnaie est intimement rattachée au change étranger.

De là la vocation de beaucoup de ces pays à *l'industrialisation*, même si les conditions du développement de l'agriculture sont favorables ; la diversification de leurs économies est la seule solution pour satisfaire les besoins d'une population croissante.

Or, plus le taux d'industrialisation est élevé par rapport à la croissance de l'agriculture ou à la possibilité d'importer des aliments, plus l'instabilité économique de ces pays persiste ou même s'intensifie (33).

(27) *Idem*, chapitre IV, pp. 162 et s.

(28) Dans une étude sur les pays de l'O.E.C.E., on a observé que les loyers s'accroissaient le plus rapidement, suivis par les autres services. Dans l'autre extrême, on a signalé les vêtements et les marchandises durables. Entre les deux extrêmes, on a trouvé les aliments (V. *Le problème des hausses de prix, op. cit.*, pp. 17 et s.).

(29) Mettant en vue le commerce international, ce désaccord peut aussi provenir du déséquilibre de la balance des paiements. Cette dernière peut être le résultat du désaccord entre l'offre et la demande dans les pays étrangers ou des changements de la structure de l'offre et de la demande dans ces pays (*Le problème des hausses de prix, op. cit.*, pp. 79 et s.).

Depuis le début du XIX^e^ siècle, le coton joue un rôle dominant dans le commerce extérieur de l'Egypte. Il a été la cause de plusieurs crises graves qui se produisirent à la suite de la surproduction locale ou mondiale, ou également par suite de l'arrêt du trafic provoqué par les guerres mondiales (G. M. Zeitoun, Thèse précitée, pp. 41 et s., pp. 96 et s.).

(30) G. Maynard, *op. cit.*, chapitre III, pp. 43 et s.

(31) « Pendant la période 1953-1958, les régions non industrialisées ont livré 40 % environ de leur production de matières premières agricoles et de produits des industries extractives à l'Amérique du Nord et à l'Europe Occidentale. Les régions industrielles ont exporté à destination des régions non industrialisées de 6 à 7 % de leurs articles manufacturés, ce qui correspond au tiers environ de la consommation de ces dernières régions » (*Le commerce international en* 1959, Publication annuelle du G.A.T.T., Genève, 1960, pp. 14 et s.).

(32) *Instabilité des marchés d'exportation des pays insuffisamment développés*, Publication des Nations Unies, 1952.

(33) Pour l'Egypte, G. M. Zeitoun, Thèse précitée, pp. 54 et s.

En effet, la productivité du travail est tellement basse dans ces pays qu'ils doivent engager une proportion énorme de leur main-d'œuvre dans l'agriculture afin de produire de quoi satisfaire leurs besoins vitaux de nourriture et de vêtements. De même les revenus sont à peine suffisants pour satisfaire ces besoins qu'il ne reste pas grand-chose à dépenser pour d'autres besoins. On peut ainsi faire ressortir les répercussions de l'industrialisation sur l'offre et la demande. Il y aurait, d'une part, *augmentation de la production industrielle* et constance de la production de produits alimentaires et, d'autre part, une *augmentation de la demande des produits agricoles* plus élevée que l'augmentation de le demande de produits alimentaires. De là, les pays en voie d'industrialisation se trouvent engagés dans un processus d'instabilité des prix.

157. — L'économie contemporaine est donc une économie progressive. L'essence de cette économie est le perpétuel déséquilibre. Le mouvement de l'économie se fait à travers une série de déséquilibres constants (34). Mais si la logique de la croissance est l'amenuisement constant des prix l'un par rapport à l'autre, et si on a pu constater cet amenuisement sur une échelle de temps étendue, pourquoi observe-t-on, dans des périodes plus courtes, des mouvements généraux des prix dans le sens de la hausse ?

Sous-section II

CROISSANCE ECONOMIQUE ET DIRIGISME PRIVE

158. — Ce serait reprendre une analyse souvent faite que de décrire les théories de l'inflation (35). Cependant, il est utile de s'interroger sur le comportement des agents économiques devant le processus de la croissance et ses réprcussions sur le problème de l'équilibre économique et le mouvement des prix.

Le rythme de la croissance est donc irrégulier. Son harmonisation avec la structure de la consommation doit s'accompagner d'importantes modifications de la structure économico-sociale, c'est-à-dire de la transformation de la structure de la population active. La résistance de la structure existante à de telle transformation est un facteur amplificateur du désajustement entre la structure de l'offre et la structure de la demande et de l'instabilité des prix (§ 1). Or, ce sont les principes mêmes de la société libérale qui permettent cette résistance (§ 2).

(34) Raymond Aron, *op. cit.*, pp. 137 et s.

(35) Sur ces théories, Jean Gabillard, *La fin de l'inflation*, S.E.D.E.S., Paris, 1952, chapitre 1er, pp. 5-33.

§ 1. — L'adaptation de la structure de la production à la structure de la consommation et la réaction des agents économiques.

159. — Dans une économie en croissance, l'adaptation de la structure de la production croissante à la structure de la consommation croissante se fait par l'orientation des facteurs de production, spécialement de la population active des secteurs qui manifestent des signes de saturation, vers les secteurs qui ne satisfont pas toutes les demandes de la consommation. La mobilité nécessaire des capitaux et du travail est assurée par des disparités dans l'évolution des rémunérations. L'abaissement relatif des prix d'un bien ou d'un service entraîne l'abaissement des bénéfices dans ce bien ou ce service et l'abaissement des salaires. Les hommes doivent changer de métier. A l'inverse, la hausse de ces prix augmente les profits et, par là, les salaires, ce qui attire la population active (36).

160. — Ce mécanisme de l'adaptation de la production à la consommation suppose, pour son fonctionnement automatique, la docilité des « profits », des salaires et de la population active aux mouvements des prix que déterminent les conditions de l'offre et de la demande. Il suppose donc l'adaptabilité constante de l'ensemble de la structure économico-sociale aux « liaisons monétaires » qui résultent du mécanisme spontané des prix et de la répartition des revenus (37).

Or, la diminution des rémunérations dominantes, des profits et des salaires est un sacrifice dans une grande mesure insupportable. Au-delà d'un certain seuil de prise de conscience, toute catégorie dont le niveau de vie relatif et dont la part relative dans le revenu national diminue, tentera d'améliorer cette part en utilisant les moyens d'action qui sont à sa disposition. Ce n'est que si elle n'y parvient pas totalement qu'un transfert des facteurs de la production, notamment la main-d'œuvre, d'un secteur d'activité à un autre, se produit, ce qui aura pour conséquence d'atténuer les disparités initiales (38).

Si des catégories importantes d'agents économiques, dont la part du revenu national est menacée par la modification des prix, refusent avec succès la contrainte de ces modifications, ce comportement de

(36) Jean Fourastié, *op. cit.*, chapitre V, notamment pp. 217 et s. ; Jean Fourastié et J.-P. Courthéoux, *Les limites d'une politique des revenus*, Rev. « Direction », mars 1963, pp. 277 et s.

(37) Henri Aujac, *Economie et sociologie de l'inflation, in* « Droit, économie et sociologie », *op. cit.*, p. 235.

(38) J. Lecaillon, *op. cit.*, p. 75.

refus provoque une hausse artificielle des prix (39). Cette rigidité des prix peut affecter la production au cours des périodes ultérieures et, par conséquent, ramener d'une façon permanente le taux d'accroissement de la production totale au-dessous du niveau qu'il aurait atteint si la rigidité n'avait joué (40).

§ 2. — L'action des agents économiques sur la formation des prix et les principes de la société libérale.

161. — Relevant les catégories de ménages qui sont susceptibles d'exercer une influence sensible sur le processus de la répartition en France à cause de l'homogénéité de leur comportement, M. J. Lecaillon (41) énumère les ménages agricoles, les titulaires de profits non agricoles, les salariés supérieurs (cadres), les salariés d'exécution et les bénéficiaires de transferts.

162. — Proclamer la liberté économique au lendemain de la Révolution française, c'était détruire le régime corporatif préexistant sans rien créer pour le remplacer. On se fiait aux bienfaits de la liberté (42).

A l'aube de la révolution industrielle, il s'agissait de multiples unités de production de dimension restreinte en face des ouvriers et des consommateurs isolés, inorganisés. Tous étaient soumis au jeu du marché et incapables de le dominer pour modifier le partage qui résultait de la rémunération des facteurs au cours de la croissance (43). Sans doute, le partage était maintenu aux dépens des travailleurs ; les entrepreneurs de l'époque payaient à leur personnel des salaires misérables et prolongeaient au-delà de l'inimaginable la journée de travail (44).

163. — Mais ce partage était capable d'adapter automatiquement l'offre à la demande.

(39) Jean FOURASTIÉ, *op. cit.*, chapitre V ; C. MAYNARD, *op. cit.*, pp. 14 et s. ; FLAMANT, *op. cit.*, p. 87.

D'après la Commission du Bilan National, « l'inflation n'est pas autre chose que l'excès des demandes sur les ressources dont dispose l'économie. » Cette définition, si elle exprime l'opinion courante en la matière, ne représente cependant qu'une vue très simplifiée du phénomène.

F. Perraux critique cette conception ; pour lui, l'inflation est un désajustement de flux partiels significatifs, et l'analyse doit être faite à partir des données statistiques de la comptabilité nationale par secteur et non plus par quantité globale » (Henri AUJAC et Yves MAINGUY, *Influence du comportement des groupes sociaux sur le développement d'une inflation*, Economie appliquée, 1950, pp. 280 et s.).

(40) J. SCHUMPETER, *op. cit.*, pp. 135 et s.

(41) *Op. cit.*, p. 64.

(42) G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne, op. cit.*, n° 5.

(43) Jean MARCHAL, *Cours d'Economie politique, op. cit.*, p. 98.

(44) *Idem*, p. 103.

Cependant, se réclamant de la liberté, bien loin de respecter le jeu de ce mécanisme spontané, chacun s'efforce d'améliorer son sort en agissant sur ce mécanisme. Si l'individu isolé ne peut avoir aucune action efficace sur ce dernier, le groupe peut en avoir une. En se groupant, « les individus acquièrent la possibilité de faire ou d'obtenir des choses qui, seuls et isolés, leur étaient et leur seraient absolument inaccessibles (45) ».

« Le capitalisme libéral célébrait le labeur, exaltait l'entreprise. Mais en mettant l'économie à la seule loi du gain, il incite les hommes à chercher celui-ci moins dans le labeur que dans le capital, moins dans l'entreprise que dans la rente... (46) ». Il entraîne les entreprises dans des combinaisons d'entente et de puissances occultes, ce qui tue la concurrence.

164. — Des facteurs multiples favorisaient ces combinaisons d'entreprises (47). Trois phénomènes se sont dégagés de ce processus. Tout d'abord *la concentration* par la réunion sous une même direction des entreprises fabriquant des produits issus des mêmes matières premières et se situant au même degré de transformation. Le mouvement tend à faire disparaître la concurrence par l'élimination progressive des petites entreprises. Ensuite, *l'intégration* est un stade complémentaire qui tend à soumettre à la même direction tous les stades successifs de fabrication qui vont de l'extraction de la matière à la livraison du produit. La combinaison se rend ainsi indépendante du marché et les prix tendent à être déterminés non pas en fonction de la réaction des consommateurs, mais de celle d'un petit nombre de compétiteurs. Enfin, le stade suprême est atteint par le troisième phénomène, celui du *groupement.* Celui-ci consiste à « *réunir les grandes entreprises* ainsi constituées par des accords plus ou moins précis... consistant à établir des prix minimum, à fixer des contingents de production, à répartir les débouchés, etc... (48) ».

En ce qui concerne l'Egypte, le marché égyptien étant restreint, il n'y a pas de place pour plusieurs entreprises dans chaque industrie. L'industrie égyptienne est très concentrée, ce qui donne aux entreprises la possibilité de maîtriser leurs prix (49).

165. — La plus grande contestation est venue, sans doute, de la part des travailleurs. On a vu combien ils avaient toute raison de

(45) Eisenmann, *Droit public et droit privé, loc. cit.*, pp. 903 et s.

(46) André Piettre, *Les trois âges de l'économie, op. cit.*, pp. 254 et s.

(47) M. le Professeur J. Marchal, *Cours, op. cit.*, p. 155, résume ces facteurs en trois : « ... le développement des moyens de communications et la substitution, dans une série de domaines, de marchés mondiaux à des marchés nationaux, la venue à jour, après un long mûrissement, d'un conflit latent entre l'individualisme et le libéralisme ; enfin l'introduction dans le groupe de puissances dominantes de deux nations nouvelles, l'Allemagne et les Etats-Unis, qui n'ont pas les mêmes traditions que l'Angleterre et la France. »

(48) J. Marchal, *Cours, op. cit.*, p. 166.

(49) G.M. Zeitoun, Thèse précitée, p. 45.

combattre cette structure. La constitution de grandes unités de production a amené le rassemblement de troupes ouvrières. Chaque salarié est désormais sans lien personnel avec l'employeur. Par contre, la conscience d'une communauté d'intérêts entre les ouvriers contre les employeurs, que les marxistes appellent « conscience de classe », a pu se développer entre eux (50). Très tôt, elle a permis le regroupement des travailleurs, eux-mêmes rassemblés au sein de fédérations et de confédérations nationales, ce qui a renforcé leur puissance de négociation et facilité les comparaisons des salaires de branche à branche. Organisés en syndicats, ils sont parvenus, dans un premier stade, à coordonner l'action ouvrière. Dans un deuxième stade, les syndicats tendent à se substituer à leurs adhérents dans la discussion des contrats de travail avec les patrons pour conclure avec eux ce qu'on appelle les conventions collectives de travail.

L'introduction de la grande industrie et le machinisme en Egypte ont fait apparaître une classe ouvrière. Pendant la Première Guerre mondiale, la hausse du coût de la vie a été à l'origine de mouvements ouvriers. Or, en fait, ce n'est qu'à une époque récente que la classe ouvrière a pu avoir des syndicats bien organisés pouvant défendre leurs droits (51).

166. — Jusqu'à la Première Guerre mondiale, le mouvement de groupement demeurait relativement lent. Cette guerre, la grande crise qui l'a suivie, la Deuxième Guerre mondiale ensuite, ont provoqé une cristallisation des différents groupes d'intérêts économiques. Les anciens groupes ont accru leur cohésion. Mais de nouveaux ont vu le jour dans les domaines les plus variés et pour servir les intérêts les plus différents (52).

Les professions se sont reconstituées en « corps de métiers » ; elles fixent normalement les conditions qui seront imposées à la clientèle et les communiquent aux adhérents des syndicats par des « règlements » ou « circulaires » que l'adhérent, de bonne foi, considère comme une source de droit au même titre qu'une loi votée par le Parlement (53). Par ailleurs, des ligues et unions, des coopératives assurent la défense des consommateurs (54).

167. — La libre concurrence tend donc à substituer au capitalisme atomique un capitalisme de groupes. Les revenus se déterminent désormais non pas sur une base « commutative » mais sur une base

(50) G. Farjat, *op. cit.*, n° 59.

(51) G.M. Zeitoun, Thèse précitée, p. 42.

(52) Henri Aujac, *Economie et sociologie de l'inflation, loc. cit.*, p. 234 ; M. Flamant, *op. cit.*, pp. 39-45.

(53) A. Tunc, *Ebauche du droit des contrats professionnels*, Mélanges, Ripert, *op. cit.*, pp. 136 et s., n° 13.

(54) G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne, op. cit.*, p. 258.

distributive, les rémunérations devant être jugées satisfaisantes par chaque groupe (55).

Dès que la modification des revenus pèse sur les budgets de tel ou tel groupe, chacun s'efforce de modifier son comportement pour neutraliser tout mouvement de sa part personnelle. L'économie se trouve engagée dans une course de relèvement des revenus et des prix. Pour ne prendre que l'exemple de la relation entre salariés et patrons, l'augmentation des salaires relève le coût de la production. Devant ce relèvement, l'attitude des dirigeants économiques est aujourd'hui fort différente de celle de leurs prédécesseurs du XIX[e] siècle. Au lieu de faire effort sur eux-mêmes pour s'adapter aux conditions nouvelles, ils s'efforcent de relever leurs prix de vente, étant maintenant maîtres de ces prix, ce qui peut lancer le cycle infernal de la hausse des prix et des salaires (56).

De même, dans un régime individualiste, l'existence du chômage est un facteur actif de la baisse des salaires. En va-t-il de même lorsque, grâce à la puissance de leurs associations, les salariés obtiennent une indemnité de chômage ? Dans un régime individualiste, le moindre abaissement du coût déclenche une augmentation des volumes de production. En va-t-il de même lorsque les producteurs sont parvenus à « s'entendre » ? (57).

168. — Au total, dans une économie en croissance, en même temps que s'organisent, s'unissent, se disciplinent les groupes sociaux, le fardeau de l'équilibre ne trouve personne pour le supporter longtemps (58).

Il semble, en effet, qu'il y a, dans les économies modernes, une tendance structurelle à l'inflation due aux changements des structures qui s'y sont produits ; les prix croissent lentement mais ils croissent inexorablement et régulièrement. L'économie moderne serait à « l'âge de l'inflation », a-t-on dit (59).

(55) J. MARCHAL, *Cours, op. cit.*, pp. 179 et s.

(56) *Le problème des hausses de prix, op. cit.*, pp. 33 et s., 47 et s. ; M. FLAMANT, *op. cit.*, p. 39.

(57) J. MARCHAL, *op. cit.*, pp. 624 et s.

(58) André MARCHAL, *Sociologie des fluctuations économiques, in* « Traité de Sociologie », *op. cit.*, pp. 422 et s. Dans le même sens, Henri AUJAC, *Influence de comportement des groupes sociaux sur le développement d'une inflation, op. cit.*, pp. 280 et s. ; J. LECAILLON, *op. cit.*, p. 97.

(59) BARRE, *op. cit.*, p. 499.

Section II

EQUILIBRE ECONOMIQUE ET NECESSITE DE LA DIRECTION DES PRIX

169. — Ce n'est pas en vain que nous nous sommes aventurés dans la section précédente en dehors du cadre classique de l'étude juridique ; c'est pour tirer des conclusions nécessaires à l'analyse juridique ultérieure.

Si la croissance est le but de l'économie contemporaine, la production au sein de cette économie doit nécessairement s'adapter à l'évolution de la consommation. Certes, le dévelopement se fait, on l'a vu, par une série de déséquilibres, et la structure de la production ne coïncide pas à chaque moment avec celle de la consommation. Mais, envisagés dans une période étendue, les deux phénomènes de la vie économique doivent enfin se rencontrer.

La croissance, but premier de l'économie moderne, se réalise par l'augmentation de l'investissement et de l'épargne. Or, la hausse des prix, la redistribution des revenus qui en résulte, provoquent une baisse de la propension à épargner et par là à investir (60).

L'adaptation de la production à la consommation se fait à travers le mouvement des prix. L'encouragement donné à l'épargne et à l'investissement ne doit donc pas avoir pour effet de compromettre ce mouvement des prix. Il faut que les divergences persistent dans l'évolution des rémunérations de manière à inciter les capitaux et le travail à se déplacer comme il convient, à moins d'opérer ce transfert par voie d'autorité.

C'est cette contradiction apparente entre la croissance et l'équilibre qui explique les politiques opposées préconisées par les spécialistes. Conjurer la hausse des prix, ce n'est pas seulement augmenter la production mais c'est aussi l'adapter à la structure de la consommation. Cette notion va nous faire comprendre les opinions qui ont été émises à ce propos et qui paraissent, à première vue, incompatibles, voire contradictoires.

170. — Dans une économie libérale, la production peut s'éloigner de la consommation. Mais tant que le libéralisme est lié à l'individualisme, le monde de la production est désarmé devant le monde de la consommation. Les consommateurs, dans leur ensemble, sont souverains sur le marché. Ils refusent d'absorber toute production supérieure au revenu dont ils disposent. Il y a mévente globale dans les secteurs surdéveloppés et finalement crise qui a pour effet d'effectuer une redistribution des moyens de production entre les différents

(60) J. Lecaillon, *op. cit.*, pp. 142 et s.

secteurs. Ainsi, la proportion normale entre les différents secteurs se rétablissait (61).

Ceci dit, une contradiction latente entre le libéralisme et l'individualisme se dessine (62). On a poursuivi le mouvement d'union et d'organisation né sous le couvert de la liberté. Ce sont les crises économiques mêmes qui ont fortifié et épaulé ce mouvement.

On n'ignore pas le malaise qu'engendrent ces crises pour le monde de la production ; les travailleurs et les entrepreneurs. Ce n'est qu'en s'organisant que tous peuvent s'opposer à ce malaise. Ils peuvent encore ainsi exercer une pression efficace sur les pouvoirs publics pour déclencher la lutte contre les crises, par des mesures de renflouement des entreprises périmées. Ces mesures ne manquent pas, d'ailleurs, de renforcer la résistance contre l'adaptation de la production à la consommation. Ceci explique pourquoi, jusqu'à une époque récente, et sous l'efet du souvenir de la crise qui a sévi durant les années 1929 et suivantes, la crainte de la crise a été particulièrement vive dans tous les pays et c'est pourquoi tous les gouvernements ont eu pour préoccupation première de l'éviter (63). Or, cette résistance et cette lutte ne perpétuent-elles pas la hausse artificielle des prix, prolongeant par là le désajustement entre la structure de la production et celle de la consommation ? N'arrive-t-on pas ainsi à négliger l'importance des tendances inflationnistes très marquées dans la plupart des économies de la fin de la Seconde Guerre mondiale ? Et cette hausse n'a-t-elle pas pour résultat, du point de vue social, de faire des agents dont les revenus sont stables, des nouvelles victimes de la vie économique ? Elle rejette, en effet, les charges des ajustements inéluctables sur les groupes sociaux les plus faibles, ceux qui sont créanciers dans des contrats à long terme (64).

171. — Tenir compte des uns et des autres, de l'économique et du social, ne peut être que le fait d'une action rationnelle et consciente des pouvoirs publics contre les conséquences du libéralisme économique. Ainsi, parallèlement au progrès des connaissances dans le domaine de la vie économique, l'action des pouvoirs publics sur les prix s'intensifie et ses modalités se précisent.

Aujourd'hui, personne ne peut plus défendre sincèrement le libéralisme absolu du siècle dernier. L'alternative intervention-non intervention des pouvoirs publics n'existe plus. Chacun reconnaît que l'Etat est responsable de l'évolution économique (65).

(61) *Ibid.* Cf., GUITTON, *Fluctuations économiques, op. cit.*, n°s 41-44. L'auteur voit dans la crise de 1929, une crise de reconversion qui marquait le passage de l'économie de guerre à l'économie de paix. Il voit dans l'absence de crises classiques depuis la seconde guerre mondiale « le signe que nous continuons à vivre en économie de guerre ». V. aussi n° 310 du même ouvrage.

(62) J. MARCHAL, *Cours, op. cit.*, p. 157.

(63) R. BARRE, *op. cit.*, p. 502.

(64) M. VASSEUR, R.T.D.C., 1952, *loc. cit.*

(65) G. FARJAT, *op. cit.*, n° 67.

Toutefois, nous pouvons constater la variété des inspirations de cette intervention (66).

Certains, qui voient dans les fluctuations des prix un phénomène irréductible de l'économie moderne, n'envisagent cette intervention que pour rendre le milieu économique « aussi confortable que possible » (§ 1) ; d'autres sollicitent cette intervention afin de rétablir « les mécanismes naturels de l'économie libérale » en indiquant la nature du cadre qu'exige le libre jeu des forces économiques (67) (§ 2). Cependant, de nombreuses mesures autoritaires ne respectent pas le mécanisme libéral et visent à diriger ce mécanisme, à définir plus ou moins une politique de revenus, une logique de fonctionnement (§ 3).

§ 1. — La protection des revenus stables et l'indexation généralisée.

172. — Les « résignés », selon l'expression de M. Vasseur (68), voient dans les fluctuations des prix un caractère inhérent à l'organisation économique contemporaine. Que la meilleure attitude à leur égard soit d'en supprimer la cause, cela paraît hors de doute. « Mais, dans le cas de l'inflation des revenus, cette solution implique une réduction du revenu monétaire moyen.. les politiciens peuvent difficilement l'appliquer. Dans le cas de l'inflation des coûts, il peut être impossible de supprimer la cause si celle-ci est extérieure... (69). » C'est pourquoi ceux-ci se contentent de rendre aussi « confortable » que possible le milieu inflationniste qui est le nôtre, par l'indexation des revenus.

173. — On ne saurait oublier que, pour les producteurs et commerçants, l'inflation peut être neutralisée par l'augmentation des prix et cela quand elle n'est pas l'occasion de bénéfices. Ne serait-ce pas « pratiquer une politique de rigueur à l'encontre de quelques particuliers, alors que de nombreux autres souffriront peu ou pas de l'inflation (70) ? ».

En conséquence, on proclame des mesures propres, d'une part, à protéger tous ceux qui, en vertu d'un contrat, doivent toucher des paiements échelonnés dans le temps pour prix d'une série de services successifs et, d'autre part, à priver d'un profit injustifiable ceux qui bénéficieraient des fluctuations des prix (71).

(66) Sur un exposé détaillé des différentes inspirations et modalités, sur la critique de la théorie libérale, la théorie dite néo-libérale et la théorie dirigiste, v. MARCHAL, *op. cit.*, Titre III, Troisième partie, pp. 811 et s.

(67) KEYNES, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, p. 393, cité par J. MARCHAL, *Cours*, *op. cit.*, p. 282.

(68) R.T.D.C., 1952, *loc. cit.*

(69) Article anonyme publié dans l'Economist du 23-6-1951, traduit en français dans *Problèmes Economiques*, numéro du 11 septembre 1951.

(70) FARJAT, *op. cit.*, n° 191.

(71) H. GUITTON, *Rev. économique*, 1955, *loc. cit.*, p. 189.

Quelques-uns, optimistes, voient dans ces mesures un moyen technique de conjurer l'instabilité économique (72). La redistribution qu'elles opèrent joue dans un sens favorable à l'épargne (73). Elles facilitent l'investissement, puis la production, en inspirant confiance aux créanciers, et contribue ainsi au retour de la stabilité (74). Plus généralement, elle rend possible la conclusion de contrats à long terme indispensables à la vie économique.

174. — Une telle conception ne fait, en effet, que constater les injustices qu'engendrent les fluctuations économiques sans pourtant leur donner une solution efficace. Chaque ajustement résultant de ce travail d'adaptation dans un secteur se répercute de nouveau sur les autres secteurs de l'activité économique, de sorte qu'à la fin, la répartition du revenu national reste en général inchangée (75).

A supposer que de telles mesures puissent inspirer la confiance nécessaire à l'investissement et provoquer ainsi l'augmentation de la production, il n'en reste pas moins que le point de l'équilibre économique serait par là-même retardé peut-être à jamais. Cet équilibre, on l'a vu n'exige pas seulement l'augmentation de la production, mais principalement l'adaptation de sa structure à la structure de la consommation, ce qui se fait par le mouvement nécessaire des prix relatifs. Or, de telles mesures entraîneraient une grande rigidité dans l'économie nationale en reliant les prix essentiels les uns aux autres. « Toute hausse partielle se répercute automatiquement, et dans un bref délai, sur de nombreux autres prix. Les désajustements, qui doivent normalement permettre de franchir le palier de stabilisation deviennent fort problématiques (76). » Sous prétexte de donner plus de sécurité aux contractants, l'indexation ferait disparaître certaines disparités dans la marche des divers prix et de divers revenus..., elle rendrait l'économie plus rigide et moins facile à manœuvrer. « Justement, ce qu'il y a de dangereux dans une indexation générale, c'est le renoncement à discriminer. Un automatisme absolu ne permet plus les choix (78). » C'est cet « alignement de valeurs » qu'on doit combattre. Les mesures d'adaptation des contrats à la conjoncture économique doivent être soumises à un sérieux contrôle.

(72) Gaël Fain, *Techniques de stabilisation monétaire*, Banque, 1948, pp. 205 et s. Joëlle Jean-François, *L'indexation dans les contrats et les décisions judiciaires*, Thèse, Rennes, 1959, p. 85.

(73) Ph. Durieux, R. Précigout, *Précis formulaire des prêts indexés*, Paris, 1958, p. 25.

(74) R. Sédillot, *A.B.C. de l'inflation*, Tribune libre 24, Plon, 1958, p. 122.

(75) M. Flamant, *op. cit.*, pp. 181 et s.

(76) Doucet, Thèse, *loc. cit.*, p. 51.

(77) E. James, *Rev. économique*, 1955, p. 166.

(78) H. Guitton, *Le problème économique de l'indexation*, Rev. économique, 1955, p. 215.

§ 2. — Le rétablissement des mécanismes naturels de l'économie libérale et les indexations entraînant la rigidité dans l'économie.

175. — En effet, il n'y a pas au fond d'autre parti possible : il faut neutraliser l'action des armes fournies aux individus par l'économie libérale sur le mouvement naturel des prix, ou en souffrir. Il faut redonner aux consommateurs leur pouvoir de régulation de l'économie en supprimant les obstacles qui s'opposent à l'exercice de ce pouvoir. De tels obstacles se trouvent dans les conventions qui entraînent la rigidité de l'économie en liant les prix les uns aux autres.

176. — Très tôt, la nécessité de condamner les conventions entraînant la rigidité dans l'économie a été aperçue dans le domaine des ententes économiques. Si les ententes, les groupes en général sont le produit du régime libéral et les institutions mêmes du capitalisme, on ne peut les supprimer sans atteindre ce régime lui-même. Néanmoins, il faut supprimer leurs pratiques perturbatrices du mécanisme naturel de ce régime. « On peut certainement concevoir alternativement qu'un système de cartels omniprésents ou bien sabote tous les progrès, ou bien réalise à moindres frais sociaux et privés tous les résultats que l'on prête à la concurrence parfaite (79). » Un contrôle s'impose. Les ententes, les trusts doivent être encouragés chaque fois qu'ils sont techniquement nécessaires à la production et à la distribution au moindre prix, avec la meilleure qualité. Au contraire, ils doivent être brisés dès lors qu'ils visent à maintenir les entreprises marginales, mal équipées et de faible rendement, à créer des « rentes » au profit des entreprises les mieux placées (80).

177. — De même, si la logique de la liberté contractuelle aboutit à la licéité de principe des clauses d'indexation par lesquelles on tend à suivre le mouvement des prix, il faut les orienter de façon à les empêcher de créer des rigidités dans l'économie en liant les prix principaux les uns aux autres.

De bonne heure on a assisté à une réaction contre la tendance à l'indexation. Cependant, insuffisamment informée des données économiques du problème, cette réaction tendait à lutter tantôt contre l'automatisme de l'indexation, tantôt contre sa généralisation.

La lutte contre l'automatisme de l'indexation revient à imposer l'emploi des clauses de variation ou l'établissement de délais avant l'expiration desquels les clauses ne peuvent jouer ou enfin à exiger que la hausse des prix atteigne un certain pourcentage pour que

(79) J. SCHUMPETER, *op. cit.*, p. 132.

(80) Robert PLAISANT, *Projets de lois relatifs aux ententes et aux trusts*, D. 1952, chr., pp. 93 et s.

la clause s'applique (81). Or, ces mesures ne peuvent satisfaire les besoins de la pratique et surtout laissent sans solution le problème de la rigidité de l'économie contre lequel on doit lutter.

La lutte contre la généralisation s'attaque à l'application des clauses et non à leur nature. Elle tend à n'autoriser l'indexation que dans certains contrats ou entre certaines personnes. Mais ici se pose une question de critère difficile à résoudre (82). On a prétendu trouver ce critère en fonction des enseignements de l'économie en distinguant les prêts à la production des prêts à la consommation pour n'autoriser les clauses que dans les premiers. Ceux-ci permettent d'accroître la masse des biens offerts sur le marché, ce qui permet de prévenir l'inflation, tandis que les secondes ne peuvent avoir qu'un effet inflationniste (83). Or, cette distinction, si elle repose sur une notion valable en principe, est trop imprécise pour qu'on puisse l'utiliser directement. D'ailleurs, elle ne concerne qu'un contrat bien particulier, alors que le problème de l'indexation est plus général (84).

178. — En effet, si les éléments d'une solution synthétique n'ont pas été atteints par ces deux voies, c'est parce que le problème n'a pas été saisi à sa source, mais dans ses effets. Ils ont été conçus non pas en fonction de l'origine de la hausse des prix, mais en fonction de son influence sur l'épargne et l'investissement.

Cependant, si l'encouragement de l'épargne et de l'investissement sont le but premier de l'économie, ceci ne doit pas faire perdre de vue l'influence de l'indexation sur le problème de l'adaptation de la production à la consommation. Pour tenir compte de ces deux sortes d'influence économique de l'indexation, il faut examiner le problème de la hausse des prix à sa source. On a vu que cette source se trouve dans l'interdépendance — devenant de plus en plus étroite avec l'évolution du régime — entre les différents secteurs et variables de l'économie. Or, l'indexation est une procédure qui lie directement ou indirectement, à des variations de prix, le montant nominal de certains revenus. Par là, elle fait, paradoxalement, de toute hausse des prix, une cause de hausse nouvelle. C'est par cette conséquence essentielle qu'elle engendre, presque inévitablement, la spirale infernale de l'inflation (85).

Qu'on maîtrise cette interdépendance, cette rigidité, qu'on établisse le contrôle de l'indexation en fonction de cet impératif, et

(81) Doucet, Thèse précitée, p. 57.
(82) *Idem*, p. 58.
(83) *Idem*, pp. 59 et 112 et s. ; Vasseur, R.T.D.C., 1952, *loc. cit.*, et la bibliographie citée par cet auteur.
(84) Doucet, Thèse précitée, pp. 61 et 113 ; P. Esmein, Gaz. Pal., 1951, *loc. cit.* ; *idem*. Gaz. Pal., 1952, *loc. cit.*
(85) J. Rueff, *La restauration du franc*, Rev. d'Economie politique, numéro spécial, Paris, 1960.

toute clause serait favorable à l'épargne et l'investissement sans freiner le retour à l'équilibre. C'est en fonction de cette notion qu'on va voir les décrets-lois de 1958 et 1959 essayer de définir le critère du contrôle de l'indexation en France (86).

§ 3. — La régulation consciente des prix.

179. — On peut légitimement douter de la possibilité de rétablir le mécanisme libéral par la contrainte. Mais on peut remarquer aussi que les disparités auxquelles la logique du libéralisme (indexation et ententes) s'oppose le plus, résultent d'injustices ou de mauvaises adaptations (87). Aussi, à supposer qu'on soit parvenu à conserver ces disparités nécessaires au progrès et à l'adaptation de la production à la consommation, n'arrive-t-on pas par là, de nouveau, à s'exposer aux crises économiques qu'on est parvenu à maîtriser avec leurs souffrances et leurs dégâts, avec l'appauvrissement de la communauté tout entière ? Ne doit-on pas, en plus de la conservation des disparités, les corriger par des procédés voulus, conscients et explicites ?

180. — Il faut donc, en plus du rétablissement du mécanisme libéral ,régulariser certains « effets de marché » et les atténuer dans ce qu'elles peuvent avoir d'excessif à l'avantage ou au détriment de telle ou telle catégorie sociale. Dès lors qu'on ne veut pas laisser faire l'un des phénomènes de régulation libérale de l'économie que constituaient les crises, la tâche des pouvoirs publics est de réaliser l'équilibre économique général par la mise en œuvre d'un mécanisme qui soit destiné à reporter sur les groupes les plus aptes à les supporter les sacrifices indispensables à cet équilibre (88). Dans ces conditions, l'action directe sur les prix des facteurs, c'est-à-dire sur le niveau des revenus s'impose (89). Un groupe d'experts de l'O.E.C.E., étudiant « le problème des hausses de prix », recommande, pour sa part, une politique des salaires dont l'essentiel lui paraît être de « définir l'augmentation moyenne que l'économie peut supporter (90) ». C'est, semble-t-il, une politique beaucoup plus générale, englobant les prix, les profits, etc., en un mot, une politique des revenus, qui paraît s'imposer.

Il ne s'agit pas de rétablir le jeu de l'offre et de la demande, mais d'organiser autoritairement l'économie et d'édicter un régime impératif du contrat, qu'il s'agisse des salaires, des loyers ou des prix de vente, etc.

(86) Cf. *ibid.*

(87) E. James, *loc. cit.*

(88) Vasseur, R.T.D.C., 1952, *loc. cit.* ; cf. Albert Gazier, *Socialisme, dirigisme et répartition*, Rev. socialiste, 1947, janvier-mai, pp. 237 et s.

(89) J. Lecaillon, *op. cit.*, pp. 146 et s.

(90) *Op. cit.*, pp. 59-68.

TITRE II

LE CONTENU DU CONTRAT REPONDANT AUX CIRCONSTANCES ECONOMIQUES

181. — Ayant suivi, par approches successives, l'évolution de l'ordre monétaire et de l'ordre économique dans leur relation avec le contrat, nous connaissons maintenant non seulement l'unité profonde des circonstances économiques qui agissent sur l'institution contractuelle et lui imposent l'adaptation de ses structures, mais aussi les traits généraux de cette adaptation.

Nous savons qu'au phénomène de la monnaie correspond une institution juridique monétaire qui est tout à fait en dehors de la sphère du contrat proprement dit, quelles que soient les transformations que subit cette institution. D'autre part, au phénomène de l'échange correspond une certaine organisation économique qui est en étroite liaison avec le contrat instrument d'échange : le contrat s'assimile les données concrètes de cette organisation.

Nous savons aussi que dans une organisation libérale l'économie croissante s'accompagne de déséquilibre. Si l'on se propose de laisser au « marché » le soin d'opérer les ajustements nécessaires, il faut permettre aux divergences dans l'évaluation des rémunérations de s'exprimer. Si l'on se propose en plus de corriger les inégalités excessives résultant des déséquilibres, il faut une politique des revenus, une détermination consciente du contenu des contrats. Un ordre économique nouveau, constitué par un ensemble de mesures autoritaires, insérant le contrat dans un cadre plus ou moins rigide, s'instaure.

182. — Il est maintenant possible de déterminer le cadre technique en fonction duquel le but économique « pénètre dans le plan juri-

dique et produit des effets de droit », comment le contenu du contrat peut répondre aux circonstances économiques.

183. — Issu de la philosophie individualiste du XVII[e] et du XVIII[e] siècle, le droit contractuel commun « c'est la liberté de l'individu (1) ».

Il paraît, *a priori*, difficilement concevable que ce droit puisse s'adapter facilement à un ordre économique qui est inspiré par les exigences de l'économie générale de la société.

Cependant, le procédé d'une telle « auto-adaptation » se trouve depuis longtemps fixé dans les codes ; il suffit de savoir s'en servir. Ceux-ci ont posé le principe de la prohibition des conventions contraires à l'ordre public, sans définir ce dernier. L'illicéité du contrat peut être prononcée non seulement quand l'objet est hors de commerce, mais notamment quand la cause est illicite (2).

N'est-il pas loisible au juge de découvrir et de sanctionner les principes de l'adaptation du contrat en vertu de ce moyen ?

184. — Les juristes libéraux hésitent beaucoup à faire de l'ordre public une notion autonome et à en laisser la détermination aux juges. Celui-ci ne prend tout au moins force obligatoire que lorsqu'il est articulé dans une règle de droit (3).

La jurisprudence, pour sa part, a affirmé expressément que l'ordre public est une notion indépendante des textes (4). Cependant, cette indépendance de la notion de l'ordre public ne permet pas au juge d'en faire libre usage (5). « L'ordre public, a écrit un spécialiste en la matière, « n'est pas une notion abstraite supérieure ou extérieure aux règles de droit et on peut la considérer hors des institutions où elle s'exerce... (6). »

En effet, le mot d' « ordre » évoque une organisation articulée dans une armature sociale, constituée par les institutions fondamentales de la société. Il est donc inexact de dire que l'ordre public est une notion indépendante ; il se rattache aux lois et aux institutions. Ainsi, le juge ne peut, en usant de son pouvoir prétorien, définir à sa guise l'ordre public : « Ce serait créer là un bien plus grave désordre, aboutir à l'anarchie juridique... Le rôle du juge

(1) Michel VILLEY, *op. cit.*, chapitre XI intitulé « Les origines de la notion de droit subjectif », pp 222 et s.

(2) RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, *op. cit.*, n° 140.

(3) Sur cette théorie et sa critique, Ph. MALAURIE, Thèse précitée, n°[s] 139 et s.

(4) *Idem*, n°[s] 142 et s.

(5) Les juges du fond ne font appel à l'ordre public sans textes qu'exceptionnellement. M. Ph. Malaurie ne trouve d'applications que l'arrêt de la Cour de cassation du 4-12-1929, S. 1931.1.49, note Esmein, et Trib. civ. de la Seine, 10-1-1936, D.H., 1936.172. Comp. JULLIOT de la MORANDIÈRE, *L'ordre public en droit privé interne*, Mélanges Capitant, pp. 381 et s.

(6) Ph. MALAURIE, Thèse précitée, n° 167, cf. sa définition de l'ordre public, n°[s] 95 et s.

dans la détermination de l'ordre public est limité et concret : découvrir les institutions fondamentales ("principales" qui se rattachent aux principes) et rechercher ce qui est essentiel en elles (7). » Il s'agit des principes ou institutions que la loi consacre, mais dont elle ne tire pas toutes les conséquences.

185. — Si l'ordre public, en matière économique, correspondait, dans la conception du XIX^e^ siècle, à la défense de la liberté de contracter, il est concevable qu'il corresponde, dans notre temps, à la défense de cette liberté dans ce qu'elle a de fondamental : la liberté économique. En d'autres termes, il correspond à la protection du marché contre toutes les conventions qui entravent le jeu naturel de ses mécanismes en créant la rigidité de l'économie.

186. — Dans la mesure où la direction de l'économie tend à rétablir le mécanisme naturel des prix, les règles édictées prennent la forme d'une prohibition de certaines clauses d'indexation entraînant la rigidité de l'économie.

Il semble donc aisé d'avancer que le droit libéral offre le moyen d'adapter le contrat en ce domaine.

Mais, la plupart du temps, des mesures positives ou dispositives visent également à modeler directement le contenu du contrat, à l'organiser autoritairement en fonction d'une politique générale des revenus. On comprend que la technique contractuelle classique répugne à de telles mesures puisque celles-ci sont dirigées contre la liberté économique elle-même. De nouvelles techniques doivent donc être mises en œuvre par le législateur.

Certes, les mesures d'interdiction aboutissent finalement à modeler l'économie du contrat, autant que l'autre catégorie de règles. Mais il reste juste de distinguer les règles compressives ou restrictives interdisant certaines clauses ou pratiques, des règles expansives qui prévoient un contenu déterminé du contrat (8).

187. — Peut-être est-il logique de rechercher dans ce titre consacré à l'étude du contrat, en réponse aux circonstances économiques, comment le contrat peut s'adapter à ces circonstances dès sa formation et de poursuivre ensuite la recherche de l'adoption du contrat aux circonstances économiques survenant lors de sa vie. Cependant, comme l'adaptation du contrat du fait des modifications économiques lors de sa vie, perd de son importance à mesure que se développe le modelage du contenu du contrat en fonction d'une politique économique et sociale, nous avons préféré, pour que le plan réponde à une telle évolution, étudier d'une part les clauses par lesquelles les parties font varier le contenu contractuel en réponse aux circons-

(7) *Ibid.*, p. 119.
(8) FARJAT, *op. cit.*, n° 122.

tances économiques, et d'autre part la détermination autoritaire du contenu contractuel en réponse aux circonstances économiques.

CHAPITRE PREMIER : *Les clauses par lesquelles les parties font varier le contenu contractuel en réponse aux circonstances économiques.*

CHAPITRE II : *L'organisation autoritaire du contenu contractuel en réponse aux circonstances économiques.*

CHAPITRE PREMIER

Les clauses par lesquelles les parties font varier le contenu contractuel en réponse aux circonstances économiques.

188. — On a vu (9) que l'effort de la doctrine se concentrait autour de l'étude du nominalisme monétaire dans lequel on croyait pouvoir trouver la solution du problème de la licéité des clauses par lesquelles les parties prévoyaient les modifications économiques.

Le nominalisme et l'étendue de la liberté contractuelle sont liés l'un à l'autre ; que le premier soit d'ordre public chez les uns, et toute clause prévoyant la variation de l'économie du contrat est illicite ; qu'il soit simple principe supplétif chez les autres, et les contractants ont toute liberté d'aménager leurs intérêts en fonction de leurs prévisions sur l'avenir.

Toutefois, nos investigations sur le plan économique et juridique ont permis de dévoiler la nature exacte du problème ; c'est un problème d'ordre économique, au même titre que tous les problèmes de la structure économique. Il doit trouver sa solution dans les mêmes principes qui gouvernent les ententes et toutes les pratiques restrictives de la concurrence.

189. — On a vu comment un contrôle des ententes s'impose : il faut distinguer les mauvaises ententes des bonnes ; il faut légitimer les ententes nécessitées par les circonstances économiques et réprimer celles qui ont un effet néfaste sur les prix (10) (11). C'est cela que

(9) *Supra*, n°° 28 et s.

(10) On a vu que les ententes, les trusts peuvent alternativement ou bien saboter tous les progrès ou bien réaliser à moindre frais tous les résultats qu'on prête à la concurrence. En effet, les entreprises qui se sont emparées, ou sont prêtes à s'emparer de la maîtrise du marché, sont le plus souvent les plus dynamiques, les plus rationnellement organisées, les plus productives et au meilleur

tentait de faire la jurisprudence française en se servant de l'article 419 du Code pénal. Celui-ci, après sa modification par la loi du 3 décembre 1926, punit « tous ceux qui, en exerçant ou tentant d'exercer soit individuellement, soit par réunion ou coalition, une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande, auront directement ou par personne interposée opéré ou tenté d'opérer la hausse ou la la baisse artificielle du prix des denrées ou marchandises... ».

Cependant, en raison d'une mise en œuvre délicate pour le juge, le texte s'est trouvé dépassé. « Le jeu de l'offre et de la demande est-il aussi rigoureux dans ses mécanismes qu'on puisse découvrir le prix qui en résulte, le gain qu'il procure normalement ? N'est-ce pas avoir une conception quelque peu mythique de la libre concurrence qu'opposer la nature des choses à l'artifice (12) ? »

En fait, définir l'action « artificielle » ou « abusive » des ententes cela ne revient qu'à définir les moyens « abusifs » et « anormaux » par lesquels elles manifestent leur influence sur les prix (13). Aussi bien le législateur moderne, plutôt que de s'attacher à saisir les actions « artificielles » ou « abusives » en fonction de leur résultat incrimine-t-il ces moyens même : prix imposés, clauses d'exclusivité, refus de vendre, pratiques discriminatoires. Ce sont des moyens par lesquels les ententes s'assurent la domination du marché, moyens qui ne sont d'ailleurs pas propres aux ententes et qui peuvent être le fait d'entreprises dominantes. Mais entre l'article 419 et la législation moderne il y a la même différence qu'entre deux lois dont l'une tend à la répression d'actes spéciaux commis de mauvaise foi, et l'autre permet un contrôle et une intervention dans la vie économique pour l'aménager en conséquence de l'évolution de la structure économique (14).

L'article 59 de l'ordonnance du 30 juin 1945 vise les actions ou coalitions qui ont pour objet ou pour effet « d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente ou en favorisant une hausse artificielle des prix ».

Cette formule est évidemment plus large que celle de l'article 419 du Code Pénal. Elle ne s'embarrasse plus ni de l'intention fraudu-

prix. On ne va pas condamner l'immense entreprise moderne, ou même le cartel ou l'entente, au bénéfice de petites entreprises marginales qui survivent difficilement, qui sont un poids mort pour l'économie.

(11) Léon MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes industrielles et commerciales en France*, Recueil Sirey, 1928, p. 90.

(12) FARJAT, *op. cit.*, n° 334.

(13) L. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 122.

(14) BARBRY et PLAISANT, *Libre concurrence et ententes industrielles*, D. 1954, chr. pp. 67 et s. ; R. PLAISANT, *Projets de lois relatives aux ententes et aux trusts*, D. 1952, chr., pp. 93 et s.

leuse que le délit de l'article 419 supposait, du moins dans le principe, ni de l'énumération des moyens défendus. Elle frappe ce qui s'opposerait à la baisse des prix tant de vente que de revient (15). Ce sont essentiellement les ententes qui seraient constituées pour conserver et non pour adapter qui sont condamnées (16).

190. — Le même contrôle économique s'impose à l'égard des clauses par lesquelles les parties prévoient la modification des circonstances économiques. La comparaison des influences respectives des ententes et de l'indexation sur les prix peut être fructueuse pour la solution du problème de la licéité de cette dernière. Il n'est pas question de condamner toute indexation, beaucoup de clauses d'indexation sont utiles. Il n'est pas question d'une condamnation de ces clauses que dans la mesure où elles ont un effet néfaste sur le mécanisme des prix ; lorsqu'elles entraînent la rigidité de l'économie. Il s'agit de faire la part des clauses utiles et des clauses qui lient les différentes variables de l'économie les unes aux autres.

La jurisprudence, qui n'a pas cessé d'affirmer dans les termes les plus vigoureux le caractère impératif du nominalisme monétaire, a donné au problème de la licéité de ces clauses des solutions nuancées, beaucoup plus attachées à la réalité économique qu'aux principes absolus.

En effet, la jurisprudence, par son contact permanent avec la réalité, est toujours apte à traduire cette réalité dans un langage accessible aux théoriciens. Le travail de ces derniers doit être un travail, *a posteriori*, qui tend à expliquer cette réalité et à dégager les principes directeurs à partir des données pratiques, travail nécessaire dans toute matière nouvelle avant l'intervention législative mûrie.

Section I : *La jurisprudence à la recherche du contrôle économique des clauses prévoyant les fluctuations.*

Section II : *Le contrôle économique des clauses prévoyant les fluctuations.*

Section I

LA JURISPRUDENCE A LA RECHERCHE ECONOMIQUE DES CLAUSES PREVOYANT LES FLUCTUATIONS

191. — Sous le cours légal et le cours forcé instaurés en France en 1870, la divergence s'est révélée entre les tribunaux sur la licéité

(15) Barbry et Plaisant, *loc. cit.* ; Y. Lousouarn et J.D. Bredin, *La réglementation des ententes*, D. 1963, chr., pp. 33 et s.

(16) Plaisant et Lassier, *Les trois premières années d'une politique des ententes*, D., 1960, chr., p. 61 ; Farjat, *op. cit.*, n° 286.

des clauses de paiement en monnaie métallique (17), et la question n'a pas tardé à se soumettre à la Cour suprême qui opta pour leur illicéité (18).

Celle-ci a affirmé que la loi du cours forcé, « a donné du papier de crédit érigé en monnaie légale, *une valeur obligatoirement équivalente à celle des espèces métalliques* ». Pris à la lettre, ces termes sont une consécration du caractère impératif du nominalisme monétaire au sens large qui recouvre non seulement le paiement de l'obligation, mais aussi le montant de celle-ci tel que le comprend la doctrine déjà analysée (19). Faut-il en conclure que la Cour érige le nominalisme monétaire en principe d'ordre public et qu'elle y cherche la condamnation de toute indexation ?

Quant à l'Egypte, le décret du 2 août 1914, qui a édicté le cours légal et le cours forcé, n'a pas laissé la licéité de la clause-or à l'appréciation de la jurisprudence. Il avait prescrit expressément que le paiement avec les billets de banque était équivalent au paiement en or, nonobstant toute clause contraire (20). Cette disposition ne laisse-t-elle pas entendre la licéité de toutes les autres clauses d'indexaton ?

Pour répondre à ces questions, il faut étudier le développement de la jurisprudence, d'abord en ce qui concerne les relations internes, puis en ce qui concerne les relations internationales.

Sous-section I : *La validité des clauses par lesquelles les parties prévoient les modifications économiques dans les relations internes.*

Sous-section II : *La validité des clauses par lesquelles les parties prévoient les modifications économiques dans les relations internationales.*

Sous-section I

LA VALIDITE DES CLAUSES PAR LESQUELLES LES PARTIES PREVOIENT LES MODIFICATIONS ECONOMIQUES DANS LES RELATIONS INTERNES

192. — Les solutions de la jurisprudence, dans l'ensemble, révèlent une concordance frappante. Toutefois, les attendus des arrêts sont en effet variables selon les espèces et selon le temps. Ainsi, la

(17) Pour la validité, Cour d'appel de Douai, 8 mars 1872 ; D. 1872.2.51. Pour la nullité, Cour d'appel d'Aix, 23 novembre 1871, D.P., 1872.2.51.

(18) Cass. civ., 11 février 1873, D.P. 1873.1.177, note A. Boistel, S. 1873.1.97, note Labbé.

(19) *Supra*, n°° 28 et s.

(20) Al Sanhouri, *op. cit.*, p. 515.

doctrine qui rattache la solution du problème de la licéité de l'indexation au principe du nominalisme monétaire y a vu une consécration de sa conception *a priori*. Néanmoins, par-delà des attendus de la jurisprudence, les éléments du contrôle économique sont faciles à démasquer.

Rendre compte de l'ensemble de la jurisprudence en la matière exige donc qu'on commence par l'exposé de cette jurisprudence et les interprétations qu'on en a données (§ 1) avant d'en chercher les véritables inspirations (§ 2).

§ 1. — Les interprétations monétaires de la jurisprudence.

193. — La Cour de cassation française s'est servie d'une formule analogue à celle de 1873 pour condamner la clause de paiement en monnaie étrangère, valeur or et valeur monnaie étrangère, dans le domaine qu'elle appelle interne. La chambre civile relève, dans son arrêt du 17 mai 1927, que « l'article 3 de la loi du 5 août 1914... a pour objet de garantir à ces billets (billets de la Banque de France), dans la circulation monétaire intérieure, leur pleine valeur de monnaie équivalente à l'or et de frapper d'une nullité d'ordre public toute stipulation obligeant le débiteur... à s'acquitter... soit en or soit en monnaie autre que celle ayant cours forcé dans le pays... (21) ». On trouve la même formule dans l'arrêt du 31 décembre 1928 pour condamner « toutes stipulations faisant dépendre la libération du débiteur... du versement d'une somme supplémentaire (22) ». L'expression visait, dans l'espèce, les clauses valeur or et valeur monnaie étrangère, mais sa portée plus large implique dans sa logique interne la condamnation de toute indexation.

194. — Pourtant, les arrêts de la Chambre des requêtes du 18 février 1929 (23), 18 mars 1929 (24) et 1er août 1929 (25), n'ont pas hésité à valider la clause de paiement en denrées, même s'il résulte du contrat que la denrée ne doit pas être nécessairement livrée en nature et que c'est le prix représentant sa valeur au cours de l'échéance qui devra être acquitté. *Ce qui est intéressant, c'est que la Chambre a senti que, pour aboutir à ce résultat, il fallait restreindre la portée que la chambre civile avait déjà donné au cours forcé.* Au lieu d'insister sur l'équivalence entre la valeur de la monnaie or et celle de la monnaie papier, elle se contente de constater que la loi du cours forcé « interdit seulement de stipuler en une monnaie

(21) D.H. 1927.333, D. 1928.1.25, conclusions Mater et note H. Capitant, S. 1927.1.289, note Esmein.
(22) D.H., 1929.33, S. 1930.1.41, note Hubert.
(23) D.H., 1929.113, S. 1930.1.1, note Hubert.
(24) D.H., 1929.202.
(25) D.H., 1929.441, S.J., 1929.1077, S. 1930.1.97, note Hubert.

autre que celle ayant cours forcé ; que cette prohibition qui fait échec au principe de la liberté des contractants doit être interprétée restrictivement ».

Il apparaît donc clairement, de la comparaison des arrêts de la Chambre des requêtes avec les arrêts précédents de la chambre civile, que la Cour de cassation française n'adopte pas avant d'aborder la détermination de la liberté d'indexation laissée aux parties, une notion précise du cours forcé, ou plus généralement du nominalisme monétaire, qui lui servirait à délimiter l'étendue de cette liberté. Plus précisément, elle opère cette délimitation selon d'autres considérations qui dominent sa pensée tout en rattachant ensuite ses solutions au principe du nominalisme monétaire en dotant celui-ci de la portée qui correspond le mieux au résultat auquel elle veut arriver dans chaque espèce.

195. — L'année 1939 (26) a vu un arrêt de la chambre civile qui condamne une clause d'échelle mobile, déterminant un loyer fixé à mille francs par mois « en prenant pour base le chiffre indice officiel de la ville de Strasbourg à dater de ce jour, toute variation de ce chiffre devant donner lieu à des variations correspondantes du prix du loyer », parce que « les parties ont en vue *non un changement de circonstances économiques, mais uniquement une variation du pouvoir d'achat de la monnaie...* Une semblable clause est rédigée en prévision de la baisse du franc (27) ».

La doctrine a vu, dans cet arrêt, l'adoption formelle de la distinction entre les clauses monétaires et les clauses économiques. Seulement, d'après cette doctrine, la Cour de cassation a voulu étendre le domaine des clauses monétaires au détriment des clauses économiques (28). Il lui a fallu quitter le chemin de l'objet illicite et parcourir celui plus large de la cause pour faire pénétrer la condamnation de la clause d'échelle mobile dans la structure interne du contrat. Non seulement les clauses objectivement monétaires sont illicites, mais encore celles qui paraissent l'être subjectivement (29). De là l'insistance de la Cour sur le changement « que les parties ont eu en vue » et sur leur « prévision de la baisse du franc (30) ».

(26) L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 22-12-1930, D.H., 1931.33, a confirmé un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes qui avait condamné une clause valeur monnaie étrangère et une clause d'échelle mobile pour des raisons de procédure, paraît-il, de l'attendu de l'arrêt.

Aussi, l'arrêt de la Chambre civile du 16-11-1938, Gaz. Pal., 1939.184, qui a déclaré illicite une clause monnaie étrangère « comme tenant à substituer à la monnaie française... sinon une monnaie de paiement, du moins une monnaie de compte étrangère ». La formule, quoique nouvelle dans la jurisprudence de la Cour de cassation, semble avoir la même portée que les précédentes formules.

(27) Gaz. Pal., 1940.1, table V°, paiement, n°s 3-6, Gaz. des Tribunaux, 3-2-1940.

(28) *Supra*, n°s 50 et s.

(29) DOUCET, Thèse précitée, n°s 97 et s.

(30) Dans le même sens on cite, Req., 6-2-1945, Gaz. Pal., 1945.1.116 ; Civ., 18-4-1947, Gaz. Pal., 1947.1, p. 238 ; Com. 15-11-1950, D. 1951.1, p. 21, J.C.P., 1951.II.

196. — On a déjà fait le procès du critère subjectif (31). Toutes les clauses ont le même motif : prémunir le créancier contre les dépréciations monétaires.

Il peut aussi paraître douteux que la Cour de cassation ait cherché vraiment la justification de ses solutions dans l'intention des parties, dans la cause-motif plutôt que dans le fait que l'opération, globalement, était pour elle désirable ou indésirable, nonobstant les motifs des parties. Essayons donc de réexaminer cette jurisprudence dite subjective.

§ 2. — Les inspirations économiques de la jurisprudence.

197. — Déjà, dans son arrêt du 23 janvier 1924, la Cour de cassation a expressément reconnu la légitimité de la préoccupation du créancier de se protéger contre les fluctuations des cours (32). En effet, l'arrêt du 24 juillet 1939, dont on affirme qu'il a introduit ce critère de l'intention, aprouve l'arrêt de la cour d'appel dans son affirmation que les parties « ont eu en vue non pas un changement de circonstances économiques, mais uniquement une variation du pouvoir d'achat de la monnaie française... ». Mais si on se reporte à l'arrêt, on ne peut pas s'empêcher d'avoir l'impression que ce que la Cour a voulu, c'était la condamnation de la distinction entre les clauses monétaires dites illicites qui englobent la clause-or et ses succédanés et les clauses économiques englobant les échelles mobiles et les clauses marchandises ou valeur marchandises dites licites. Tout ce que la Cour a voulu exprimer c'est que la clause d'échelle mobile peut être illicite malgré les affirmations la considérant comme une clause économique. Mais pourquoi et selon quel critère la Cour admet-elle cette illicéité ? En fait, la Cour ne le formule pas d'une façon tout à fait exempte d'équivoque. Tout ce qu'on peut dire c'est que le vice se trouve dans l'indice de référence qui aboutit à un résultat condamnable aux yeux de la Cour (33). Il importe peu que la Cour fasse remonter ce résultat à l'intention des parties tant que c'est le résultat de la clause qui a déterminé sa décision.

Un autre arrêt de la chambre sociale du 14 mai 1943 (34) a admis la validité de la clause d'échelle mobile en fonction des indices du coût de la vie, étant donné que « l'augmentation du loyer par le jeu de la clause est dans la limite de l'augmentation

5972 ; Civ., 24-3-1953, Bull. civ., 1re section civ., 91 ; Civ., 3-11-1953, D. 1954.1, p. 1, note Savatier, S. 1954.1.17, note J. Autesserre, obser. Carbonnier, R.T.D.C., 1953, p. 348 ; Civ., 27-12-1954, J.C.P., 1955.11.8493, note Lévy, cf. Ripert et Boulanger, *op. cit.*, nos 1598 et s. ; Besson, Conclusions, précité.

(31) *Supra*, nos 55 et s.

(32) Civ., 23-1-1924 (quatre arrêts), D. 1924.1, p. 41.

(33) Doucet, *op. cit.*, n° 99.

(34) J.C.P., 1943.11.2337, note E. Becqué.

par la loi... ». Une telle formule donne l'impression que la chambre sociale rattachait la question de validité de la clause à ses seuls résultats pratiques (35). Tant que les résultats de la clause sont dans la limite légale, la clause doit être considérée comme licite.

198. — Viennent ensuite les arrêts qu'on prétend confirmer la recherche de l'intention des contractants.

Quant à l'arrêt de la Chambre des requêtes du 6 février 1945, il suffit de lire ses attendus pour découvrir que la Cour était loin de consacrer le recours à l'intention des parties pour apprécier la licéité de la clause. Il s'agissait en effet d'une autre question que celle de la licéité de la clause d'échelle mobile. La question était celle d'une rente annuelle indexée sur le coût de la vie déterminé sur la base du taux d'intérêt servi par l'Etat pour certains titres. Le coût de la vie a augmenté tandis que le taux de l'intérêt a baissé. La cour d'appel a chargé néanmoins les experts de déterminer le coût de la vie selon les divers produits que l'on considère habituellement comme les indices du coût de la vie. La Cour de cassation l'approuve, « attendu que lorsque deux clauses non ambiguës sont absolument inconciliables, il appartient au juge de faire prévaloir celle dont l'exécution répond à l'essentiel de la volonté des parties... (36) ». Quant à la validité de la clause, elle était hors de discussion dans l'arrêt. Tout ce qu'on peut observer c'est que l'indice choisi (coût de la vie) s'accommode bien avec la nature de la rente.

La même remarque vaut pour l'arrêt de la chambre civile du 18 avril 1944. La Cour recourt à l'intention non pas pour déterminer la licéité de la convention, mais seulement pour déterminer son étendue (37).

(35) Hubert, R.T.D.C., 1947, pp. 1 et s. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 25 mars 1941, Gaz. Pal., 1941.1.283 et un autre de la Chambre sociale du 26 janvier 1942, Gaz. Pal., 1942.1.245 avaient admis la licéité de la clause faisant varier le fermage selon le cours du blé, sans essayer de justifier cette licéité, le procès ayant été engagé pour déterminer l'influence du D. 8 août 1935 qui avait réduit le loyer de 10 %, sur un loyer comportant une telle clause.

(36) Cf. soc., 27-4-1945, Gaz. Pal., 1945.1.192.

(37) « Attendu, dit la Cour, que la clause litigieuse était ainsi rédigée : « les prix ci-dessus s'entendent sous réserve de toute augmentation de droits, taxes ou charges supplémentaires, provenant même indirectement de nouvelles lois et règlements d'administration » ; qu'en décidant que l'augmentation du prix de revient des marchandises importées de l'étranger, causée par la dévaluation légale de la monnaie française, rentre dans les charges supplémentaires, résultant indirectement de nouvelles lois, les juges du fond ont souverainement interprété, sans la dénaturer, cette ambiguïté de la convention ». Certes, la Cour, après avoir déterminé l'étendue de la clause, aborde la question de sa licéité dans ces termes : « ... la garantie qu'elle contient, prévue légitimement par les parties, ne porte aucune atteinte aux principes d'ordre public résultant du cours légal et du cours forcé... ». Mais ce sont des mots muets en ce qui concerne la pensée de la Cour sur la licéité de la clause.

La Chambre civile a décidé, dans son arrêt du 8-5-1950, Gaz. Pal., 1952.2, p. 84, J.C.P., 1950.II.5602, notes Delaire, que le prêteur qui a remis à l'emprunteur des valeurs de bourse avec la charge, pour celui-ci, de rendre, au terme convenu,

196. — A la vérité, le premier arrêt de la Cour de cassation française, qui fait une allusion expresse à l'intention des parties est celui de la chambre commerciale du 15 avril 1950. « La clause d'échelle mobile... est nulle... ; en excluant la réciprocité elle n'a d'autre but que de prémunir le bailleur contre la dépréciation possible de la monnaie ». Mais il n'est pas dépourvu de sens de constater que la Cour, pour arriver à ce but, retient un élément objectif ; la non-réciprocité de la clause. En fait, la non-réciprocité est moins une révélation d'une mauvaise intention que le reflet d'une certaine situation économique. Elle est du temps où il y avait des mouvements cycliques des prix, des alternances de la prospérité et de la dépression, principalement économiques. Si le cours forcé apporte avec lui des mouvements d'un autre type, des mouvements de hausse continue, il devient naturel d'approuver la clause prévoyant la réciprocité et d'accuser la clause l'excluant. La clause réciproque se réfère aux mouvements cycliques d'origine économique tandis que l'autre clause se réfère aux mouvements continus d'origine monétaire. La clause réciproque est seule en conformité avec le point de vue de la stricte justice commutative. L'autre clause excluant par avance ce point, elle ne peut avoir pour but que des préoccupations monétaires (38).

Mais ce temps de mouvements cycliques de prix est déjà passé. On ne voit plus que des mouvements dans le sens de la hausse. Ne devient-il donc pas superflu, du point de vue de la justice comme du point de vue monétaire, de stipuler la réciprocité de la clause, si cette clause n'est toujours appelée à jouer que dans le sens de la hausse (39) ? Mais n'atteint-on pas ici le bien-fondé de toute tentative de séparer les clauses dites monétaires des clauses dites économiques, soit qu'on désigne par les premières les seules clauses dont l'objet est de parer à la dépréciation monétaire, soit que l'on intègre dans la catégorie des clauses monétaires, les clauses dont la cause est de parer à la dépréciation monétaire ?

En fait, c'est la base même du système, dont on trouve les traces dans l'apparence des arrêts, qui manque de solidité. La ventilation des clauses entre bonnes et mauvaises est artificielle. Cela, on l'a senti de bonne heure, mais peut-être sans prendre suffisamment conscience de l'évolution économique.

des titres de même nature en nombre égal, a ainsi clairement manifesté sa volonté de remplacer les choses prêtées par autant de choses de mêmes espèce et qualité, et non par des choses d'une valeur égale à celle qu'avait le titre au jour du prêt. Une telle stipulation est licite et ne peut être rendue caduque par une loi monétaire établissant le cours forcé.

Il s'agit ici non pas de l'analyse de la clause, mais d'une question préalable : la qualification du contrat. S'agit-il d'un prêt de denrées ou d'un prêt d'argent ? Et la Cour ayant admis la qualification du contrat de prêt de denrées il n'y avait pas lieu pour que la question de licéité de la clause soit posée.

(38) P. Esmein, Gaz. Pal., 1951.II, *loc. cit.* ; Farjat, cit., n° 197.

(39) *Supra*, chapitre III, n°s 141 et s.

La hausse des prix peut provenir, selon la doctrine, de la simple émission par l'Etat de nouveaux billets de banque ou du mouvement spontané de l'offre et de la demande, bien qu'on ne puisse, en pratique, les distinguer, parce qu'il y a interaction entre eux. Les deux cas devraient donc, au moins théoriquement, avoir un régime différent : dans le premier, il s'agit du régime monétaire, de l'intérêt de l'Etat, et donc on n'a pas à contrarier son action ; dans le second, c'est une question de marché sur lequel les individus sont libres d'agir. Seulement il est impossible, sur le plan pratique, de déceler les conventions qui font référence aux mouvements de premier ordre, des conventions qui se réfèrent au second. « Pour décider si la clause d'échelle mobile présente ou non un caractère monétaire, il faudrait rechercher quelles sont les raisons essentielles du mouvement des prix dans une période donnée », observe M. Hubert (40). « Peut-on vraiment séparer fluctuations monétaires et fluctuations économiques », se demande M. Farjat (41). Et le même auteur répond : « Il y a au moins interaction. La plupart du temps, si ce n'est toujours, la dépréciation monétaire n'est qu'un effet des fluctuations économiques. L'inflation est due à des phénomènes plus complexes que la simple émission par l'Etat de nouveaux billets (42). »

Cependant, dans le cas de l'émission par l'Etat des billets de banque, ce n'est pas cette émission elle-même qui produit la hausse des prix, mais leur mise en circulation par l'acquisition des biens et des services, et donc, le désajustement entre l'offre et la demande qui en résulte. C'est toujours le même mécanisme qui produit la hausse : le déséquilibre entre l'offre et la demande (43). *Il est donc impossible de distinguer les clauses monétaires des clauses économiques et cela non point parce que toutes sont monétaires, mais parce que toutes sont économiques.*

200. — Ainsi, on ne voit plus le critère de la réciprocité dans la jurisprudence postérieure de la Cour suprême. La chambre sociale, dans son arrêt du 22 novembre 1951 (44), prend un autre critère non moins économique, mais pas plus proche de l'intention des contractants. Ce critère est *la généralité* de l'indice de référence. « Attendu qu'en vertu de cette clause... la rémunération... *a été fixée en considération du coût de la vie et de l'indice général des prix, ainsi que de la valeur de la monnaie... Qu'ainsi, la clause... dont il s'agit ne se référait pas exclusivement à des fluctuations économiques,* mais qu'elle avait trait expressément au pouvoir d'achat de la monnaie et tendait à parer à la dépréciation monétaire... nulle. » Ce que la chambre civile sous-entendait dans son arrêt du

(40) R.T.D.C., 1947, p. 1.
(41) *Op. cit.*, n° 196.
(42) *Ibid.*
(43) M. Vasseur, R.T.D.C., 1952, *loc. cit.*, n°s 11 et s.
(44) J.C.P., 1951.II.6649 ; obs. Carbonnier, R.T.D.C., 1952, p. 84.

24 juillet 1939, la Chambre sociale le dit expressément en 1951 : la Cour de cassation se méfie des indices généraux. Ces indices tendent à faire apparaître un niveau général des prix dépassant celle du prix du service ou de la marchandise indexés (45).

L'arrêt de la chambre civile du 18 mars 1953 (46) apporte une précision décisive sur le caractère inopérant du critère de l'intention des parties. Bien que la Cour d'appel ait fait allusion à cette intention, la Cour de cassation dit que « ce faisant, la cour d'appel, dont les motifs concernant l'intention attribuée aux parties sont inopérants, n'a violé aucun texte... ».

Certes, on reproche à l'arrêt du 24 mars 1953 de rester attaché à l'intention ; mais en fait, la Cour n'a recouru, dans cet arrêt, à l'intention que pour déterminer la portée de la clause. La date de la mise en œuvre de l'indice était dans l'espèce contestée par le pourvoi. Quant à la question de la licéité de la clause, la Cour constate qu'elle « tient à ce que son fonctionnement dépendait des circonstances économiques, sans rapport obligatoire avec le cours de l'or et la valeur de la monnaie sur le marché international... ».

Les considérations précédentes suffisent à expliquer l'arrêt de la chambre civile du 3 novembre 1953 qui a déclaré illicite une clause dans un prêt, « l'indice du prix du gros (étant) sans rapport économique avec la cause du prêt », quoique la Cour ait ajouté que « cet indice n'a été choisi par les parties que parce qu'il était jugé... le plus propre à accuser les variations monétaires ». Bien plus, la Cour, dans cet arrêt, précise encore son critère basé sur l'indice. Hier, elle se contentait de condamner les clauses à indices généraux. Aujourd'hui, elle exige *un rapport entre l'indice et le contrat.*

201. — La jurisprudence de la Cour suprême en matière d'échelle mobile est donc irréductible au moins au fond, à la distinction des clauses monétaires et des clauses économiques, et cela que l'on établisse cette distinction en fonction de la notion de l'objet, ou qu'on l'établisse en fonction de la cause-motif. Le seul élément constant dans les solutions de la jurisprudence paraît être la relation plus ou moins étroite entre l'indice de référence et la convention, ou le résultat de la clause quand il existe un plafond législatif au montant de l'obligation.

Toutefois, la Cour de cassation française devait faire table rase de cette jurisprudence par l'arrêt du 27 juin 1959 (47). Cet arrêt,

(45) C'est en application de ce critère que la Chambre commerciale, dans (un arrêt du 12 mars 1953, D. 1953.J., p. 357, note Fréjaville) déclare licite une clause indexant le prix d'une coupe de bois sur le prix de l'électricité, l'indice de référence n'étant pas un indice général.

(46) J.C.P., 1953.II.10563.

(47) Gaz. Pal., 1957.2, Doct., p. 30, note G. Hubrecht ; *idem*, p. 44, note P. Esmein, J.C.P. 1957.II, 10093 *bis*, avec conclusions Besson, J.C.P., 1957.I, doct. 1381, note J. Ph. Lévy. Dans le même sens, Cass. Civ., 29-3-1960, Bull. civ., 1960.I,

nous le savons, a consacré la séparation entre l'ordre monétaire et le problème de l'indexation. Par là même il était naturel qu'il condamne formellement la recherche de l'intention des parties et la distinction entre les clauses monétaires et les clauses économiques en déclarant que « la réciprocité et l'intention des parties (sont) inopérantes... ». Mais cela revient-il à retenir l'indice de référence comme critère de la licéité de l'indexation ? En effet, quoique dans cet arrêt l'indice de référence était en relation avec l'activité des parties (48), l'attitude ultérieure de la Cour semble prouver qu'elle a entendu valider toutes les clauses d'indexation indépendamment de la nature de l'indice retenu. Dans son arrêt du 4 décembre 1962 la Cour proclame que dans une transaction interne « la stipulation faisant dépendre le nombre de francs à rembourser du cours des pièces (d'or) Union latine n'était pas illicite », encore que l'arrêt ait été rendu sous le régime antérieur à l'ordonnance du 31 décembre 1958 (49).

Sous-section II

LA VALIDITE DES CLAUSES PAR LESQUELLES LES PARTIES PREVOIENT LES MODIFICATIONS ECONOMIQUES DANS LES RELATIONS INTERNATIONALES

202. — Dans ce domaine, la jurisprudence n'a pas hésité à valider, dès l'abord, toutes les clauses, y compris les clauses-or (§ 1). Tout ce qui se posait devant la doctrine, c'était l'interprétation de cette jurisprudence à la lumière des règles de conflit en droit international privé (§ 2).

§ 1. — La validité de toutes les clauses dans les relations internationales.

203. — Déjà, en pleine période de guerre, une société américaine avait invoqué la jurisprudence de la Cour de cassation française de 1873 pour faire annuler une clause-or dans une police d'assurance sur la vie. Par trois arrêts (50) successifs et concordants, la juris-

n° 187, p. 149, J.C.P., 6.1960.IV.74, Cass. Civ., 26-4-1963, J.C.P., 1963.II.13271, note Esmein.

(48) Le prêteur était négociant en blé et l'emprunteur était agriculteur.

(49) Cass. civ., 1er, 4-12-1962, J.C.P., 1963.II.13033, note Esmein ; D. 1963, p. 698, note M. Pédamon ; Recueil des lois et de la jurisprudence, 1963.225, p. 201, note Starck.

(50) Tribunal civil de la Seine, 19-7-1917, D.P., 1920.1.137, S. 1920.1.193 ; Cour de Paris, 13-2-1919, D. 1920.1, p. 137, S., 1920.1, p. 193 ; Req., 7-6-1920, D.P., 1920.1.138.

prudence française s'est opposée à ses allégations. On relève, dans les attendus de l'arrêt de la Cour de cassation, que pour la Cour suprême française, « cette convention, passée avec un étranger, dont l'exécution doit avoir pour résultat de faire rentrer en France la monnaie d'or, n'est nullement en contradiction avec la loi d'ordre public qui oblige un créancier à recevoir en France le paiement de sa créance en papier ayant un cours forcé d'une valeur légalement équivalente à la monnaie prévue au contrat, qu'elle réponde pleinement, au contraire, au but poursuivi par le législateur, *l'ordre public, exclusivement fondé sur un intérêt national* n'étant intéressé au cours forcé qu'en ce qui concerne les paiements effectués en France par les Français et l'étranger débiteur d'une monnaie déterminée par la convention, ne pouvant réclamer le bénéfice en France du cours forcé ».

204. — Après avoir condamné les étrangers à respecter les clauses-or consenties au profit des créanciers français, les tribunaux français ont eu l'occasion d'appliquer la même solution, lorsque les rôles étaient renversés et que c'étaient des étrangers qui pouvaient en bénéficier. La Cour de cassation s'est ralliée expressément à cette jurisprudence, le 29 janvier 1924, à propos des dettes hypothécaires payables en or, contractées avant la guerre par les Alsaciens auprès de certaines banques suisses. « Le cours forcé, mesure prise dans l'intérêt national, est restreint au territoire de la nation qui l'institue et ne suit pas les valeurs circulant à l'étranger ; dans l'espèce, il s'agit d'un paiement à faire, non sur le territoire français, mais en Suisse, en monnaie étrangère; en conséquence, la monnaie employée à ce paiement ne peut être soumise au cours forcé ordonné par le gouvernement français (51). »

205. — Mais la Cour a été invitée, sous l'impulsion du procureur général Mater, à apporter plus de clarté et de précision à sa jurisprudence. Ainsi, dans son arrêt du 17 mai 1927, elle a insisté sur le fait que les lois monétaires ont pour objet de garantir aux billets de banque leur pleine valeur « dans la circulation monétaire intérieure », ce qui implique, au contraire, que cette loi ne garantit pas à la monnaie française sa pleine valeur « dans la circulation monétaire extérieure » et « pour qu'un contrat soit qualifié d'international, il faut qu'il produise, comme un mouvement de flux et de reflux des frontières, des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre (52) ».

Cette distinction entre paiements internes et paiements internationaux fut consacrée par le législateur dans l'article 2 de la loi monétaire du 25 juin 1928, et la Cour de cassation française s'est attachée après à préciser ses applications dans les différents domaines,

(51) D., 1924.1.41.

(52) D., 1928.1.25. Dans le même sens, Req., 31-7-1928, Gaz. Pal., 1928.2.648.

tout en insistant sur la nature de l'opération « qui comporte ou non un caractère dépassant le cadre de l'économie interne (53) ».

206. — Les tribunaux mixtes en Egypte, et malgré les dispositions du décret du 2 août 1914 qui déclare les clauses-or inefficaces sans distinction entre les paiements internes et les paiements internationaux, ont suivi de près la voie tracée par la jurisprudence française en distinguant comme elle les relations internes et les relations internationales. Mais le législateur égyptien est intervenu par le décret n° 45 du 2mai 1935 pour interdire formellement les clauses-or dans les relations internationales (54).

207. — L'application au secteur international des relations contractuelles de solutions diamétralement opposées à celles qu'on prétend dégager des principes d'ordre public n'implique-t-elle pas une contradiction ? Bien plus, la Cour de cassation française, dans son arrêt du 21 juin 1950, a déclaré ces solutions — déjà consacrées par la loi — « en conformité avec la notion française de l'ordre public international (55) ». Cette attitude ne suppose-t-elle pas d'autres considérations qui, au-delà de l'institution monétaire, gouvernaient les clauses envisagées, considérations qui peuvent, selon la Cour, s'élever au rang de l'ordre public au même titre que l'ordre monétaire ?

§ 2. — Le sens de la validation des clauses prévoyant les modifications économiques dans les relations internationales et les règles de conflit des lois.

208. — Beaucoup de juristes condamnent la solution française qui applique systématiquement une règle interne sur le paiement, sans rechercher la loi applicable à la validité de la clause de garantie monétaire (56).

Pour les uns, le rattachement des clauses envisagées au droit monétaire doit aboutir à la soumission de leur validité à la *lex moneta*. Le choix d'une certaine monnaie, le franc français par exemple, comme monnaie de contrat, impliquerait nécessairement

(53) Cass. civ., 3-6-1930, 9-7-1930, 14-7-1941, D. 1931.1, pp. 5 et s., conclusions Mater et note Savatier ; Cass. civ., 14-2-34, D.H., 1934.177, D.P., 1934.1.73. Pour toutes les nuances sur le développement de la jurisprudence en matière internationale, v. A. El Kocheri, *La notion de contrat international*, Thèse, Rennes, 1962, n°s 77 et s.

(54) A. El Kocheri, Thèse précitée, n° 82, et les arrêts mentionnés dans ce numéro, note 187 ; Me A. Nassif, *La détermination de la monnaie de paiement dans les obligations en Egypte et au Liban*, Thèse, Le Caire, 1943, notamment pp. 53 et s.

(55) J.C.P., 1950.II.5812, note J. Ph. Lévy, D. 1951.749, note Hamel, S. 1951.1.1, note Niboyet, El Kocheri, Thèse précitée, n° 84.

(56) El Kocheri, Thèse précitée, n° 83.

l'application de la *lex moneta* qui est le droit français dans notre exemple (57). Pour les autres, « il ne peut être question de soumettre la validité de clause de sauvegarde monétaire à la loi librement choisie par les parties. Il y a toujours quelque chose de choquant à faire dépendre de l'autonomie de la volonté, des conflits de lois portant sur des matières impératives (58) ». « L'application de la loi monétaire... paraît signifier la souveraineté de cette loi pour tous les paiements devant se faire sur le territoire où elle règne à l'exclusion des paiements stipulés dans les autres pays (59). »

On a vu ce qu'on peut entendre par le droit monétaire en ce domaine (60). Celui-ci ne concerne que le nominalisme monétaire entendu comme la détermination du lien entre l'unité monétaire et les moyens de paiement ; mais il ne peut englober la relation entre la monnaie et les biens et services où se pose le problème de la licéité des clauses dites monétaires ; cette dernière relation relève du droit du contrat. Aussi, M. van Hecke remarque, à propos des clauses prévoyant les modifications économiques, qu' « il ne s'agit pas ici de l'organisation d'un système monétaire mais de l'équilibre des relations contractuelles. Lorsqu'on se demande si une dette doit en tout cas être payée dans la monnaie du contrat ou si le débiteur a la faculté de se libérer en offrant une somme équivalente dans la monnaie du lieu de paiement, on pose une question qui relève du droit des obligations. La réponse à cette question doit être cherchée dans la loi du contrat ou dans la loi du lieu de paiement. Mais elle ne dépend certainement pas de la loi de l'Etat de la monnaie du contrat (61) ». En d'autres termes, « c'est un problème de *quantum* de l'obligation du débiteur, question ressortissant du droit des obligations (62) ».

209. — Ainsi, la compétence de la *lex contractus*, en matière de validité des clauses prévoyant les fluctuations économiques est un principe accepté par la grande majorité des auteurs et la totalité de la jurisprudence comparée (63). Or, la *lex contractus* ne peut être exclue qu'au nom de l'ordre public.

Cependant, « l'exception d'ordre public conduit ici à créer dans la législation interne une sorte de *jus gentium* à côté du droit commun interne (64) ». En effet, la jurisprudence consacre, surtout

(57) *Idem.*

(58) R. Savatier, *L'influence de variation de valeur des monnaies sur les rapports juridiques de caractère international*, Rev. crit. dr. int., T. 32, 1937, p. 68.

(59) Savatier, *loc. cit.*, p. 68.

(60) *Supra*, n°° 73 et s., 79 et s.

(61) Van Hecke, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, Bibliotheca Visseriana Dissertationum jus internationale illustrantium, T. 35, La Haye, 1955, chapitre V, pp. 130 et s.

(62) El Kocheri, *idem*, n° 83.

(63) El Kocheri, *idem*, n° 83, et les auteurs y cités.

(64) P. Lerebours-Pigeonnière, *A propos du contrat international*, Clunet, T. 78, 1951, p. 14, cité par El Kocheri, *idem*, n° 84.

dans ce domaine, une « notion autonome de loi impérative en droit international privé (65) ». La règle autorisant la stipulation d'une clause de garantie dans un « contrat international » est une règle matérielle de droit international que le juge français doit appliquer à propos de toutes relations internationales soumises à sa juridiction (66).

210. — Si, donc la jurisprudence ne s'occupait pas de la recherche de la loi applicable, c'est parce qu' « il est parfaitement inutile d'affirmer la compétence d'une loi étrangère quand celle-ci contient des dispositions similaires à celles de la loi française, et il est tout à fait superflu d'affirmer la compétence de principe de la loi étrangère lorsqu'on doit en écarter aussitôt l'application, au nom de l'ordre public (67) ».

211. — Si on envisage maintenant l'ensemble de la jurisprudence, il en ressort que :

— Un premier résultat est acquis : le nominalisme monétaire est d'ordre public. Les arrêts ne cessent pas de retenir le caractère d'ordre public des lois monétaires.

— Or, ce caractère d'ordre public n'a pas empêché la jurisprudence d'admettre toutes les clauses d'indexation pour le secteur international des contrats. Il ne l'a pas non plus empêché d'admettre la licéité des clauses denrées, valeur denrée ou échelle mobile, en principe, dans le secteur interne.
On a essayé en vain de baptiser ces clauses d' « économiques » pour faire cadrer leur licéité avec le nominalisme impératif.

— En effet, quand il s'agissait des clauses-or et assimilés, la jurisprudence comprenait, dans le nominalisme monétaire, l'équivalence de la monnaie papier et de la monnaie métallique. Par contre, quand il s'est agi des clauses denrée et valeur denrée, elle évoquait son caractère exceptionnel qui la restreignait à obliger le débiteur à accepter la monnaie nationale. Quant à l'échelle mobile, elle la déclarait licite tant qu'il existait des lois contrôlant le montant de l'obligation. A défaut, elle s'est montrée disposée à exercer elle-même le contrôle. Le seul élément qui lui permet ce contrôle est l'indice de référence. D'abord, elle a critiqué les indices généraux. Puis il semble qu'elle a exigé un rapport entre l'indice et le contrat. Toutefois, le moment même où la juris-

(65) P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959, pp. 142 et s.

(66) El KOCHERI, *idem*, n° 84. Cf. Ph. FRANCESCAKIS, *Droit naturel et droit international privé, in* Mélanges Maury, T. 1, Paris, 1960, pp. 113-152 ; B. STARCK, note sur Paris, 2-6-1959, Recueil général des lois et de la jurisprudence, 1960.162, p. 14.

(67) Eugène-Louis BACH, *L'influence de la dépréciation monétaire sur les rapports de droit international privé, in* « Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée », *op. cit.*, p. 323.

prudence est parvenue à se débarrasser de l'emprise de l'ordre monétaire et des distinctions qu'il a suscitées, elle est arrivée, semble-t-il, à déclarer licites toutes les clauses d'indexation. Elle paraît ainsi renoncer à exercer aucun contrôle sur les indexations pour faute d'un cadre technique.

Section II

LE CONTROLE ECONOMIQUE DES CLAUSES PREVOYANT LES FLUCTUATIONS

212. — L'efficacité ou l'inefficacité des clauses prévoyant les modifications économiques ne peut être cherchée dans des considérations monétaires, mais dans des considérations purement économiques : pas de condamnation absolue, mais pas, non plus, de liberté absolue. Il faut faire la part des clauses économiquement bonnes et des clauses économiquement néfastes. Le contrôle des clauses doit être un contrôle économique. C'est ce que la jurisprudence sentit de bonne heure.

La doctrine ne pouvait pas rester indifférente devant le développement du procédé. De nombreux auteurs ont été conduits, dans leur analyse de la jurisprudence, à dégager les principes directeurs de ce contrôle.

Un tel contrôle a été instauré, en France, par les ordonnances n° 56-1374 de 1958, et n° 59-246 de 1959.

Il nous faut donc aborder le contrôle économique tel qu'il se dégage de la doctrine avant d'envisager l'affirmation de ce même critère dans la législation française de 1958 et 1959.

Sous-section I : *Le contrôle économique avant les ordonnances de* 1958 *et* 1959.

Sous-section II : *Le contrôle économique dans les ordonnances de* 1958 *et* 1959.

Sous-section I

LE CONTROLE ECONOMIQUES AVANT LES ORDONNANCES FRANÇAISES DE 1958 ET 1959

213. — Plusieurs essais ont été faits par la doctrine afin de mettre en œuvre le contrôle économique de l'indexation. Il convient d'exposer ces essais (§ 1) avant de rechercher la définition du contrôle économique (§ 2).

§ 1. — Le contrôle économique dans la doctrine.

214. — Trois notions principales se sont dégagées dans la doctrine pour essayer de trouver le moyen d'un contrôle économique des garanties conventionnelles : la notion de société (A), la notion de contrepartie (B) et la notion d'équivalence (C).

A. — La notion de societe.

215. — Hamel part de l'idée que l'illicéité des clauses qui font varier le contenu du contrat en réponse aux fluctuations économiques est comprise dans le principe du nominalisme monétaire (68). Mais il considère que ce principe doit nécessairement renoncer à son caractère impératif toutes les fois que d'autres nécessités économiques se dressent en face de lui. Ces dernières nécessités se trouvent dans le domaine du droit économique ; celui-ci « vivant grâce au crédit », la position des créanciers doit être renforcée par des garanties conventionnelles. Or, la notion qui paraît permettre à ces garanties d'échapper aux impératifs du droit monétaire toutes les fois que les nécessités du crédit l'exigent, est celle de la société à constituer entre le créancier et le débiteur.

Sans doute, la notion de société telle que la définit le Code civil, est trop étroit pour répondre à cette fin. En effet, la société de droit civil suppose non seulement des apports mis en commun par chaque associé, mais encore une participation aux bénéfices et aux pertes de la société. Mais l'article 1873 du Code civil français dispose que « les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages de commerce ». Cela donne toute liberté aux commercialistes pour construire une théorie des sociétés de droit économique, théorie qui se sépare radicalement des règles civiles. Or, la recherche ainsi menée tant sur la pratique que sur la législation et la jurisprudence (69) conduirait à une conception de la société commerciale qui reposerait sur une simple collaboration économique dans l'entreprise. « Il y aurait société de droit économique toutes les fois que deux ou plusieurs personnes mettraient des biens en commun en vue de réaliser un but économique, alors même qu'elles auraient exclu la participation aux bénéfices et aux pertes, ou du moins alors même que, pour l'un ou l'autre des contractants, elles auraient ramené cette participation à

(68) Sur les développements qui suivent, cf. J. Hamel, Rev. écon., 1955, *loc. cit.* ; *idem, Les formules nouvelles de financement par appel au public*, D. 1952, chr., p. 161 ; *idem, Cours de droit commercial*, Licence, 3e année, Paris, 1956-1957, pp. 589 et s.

(69) Sur cette pratique, jurisprudence et législation, cf. Doucet, Thèse précitée, pp. 172-180.

l'encaissement d'une rémunération fixe avec droit de reprendre, en toute hypothèse le montant de son apport (70). »

Dans un semblable régime juridique, les obligations mutuelles seraient affranchies de l'article 1895 du Code civil français. Celui-ci serait maintenu pour les véritables contrats de prêt ; « le nominalisme monétaire apparaît, en effet, quelque peu choquant qu'il puisse sembler, à première vue, comme une nécessité des relations juridiques de créancier à débiteur. » Mais ce nominalisme n'a plus sa place dans les contrats de société, lorsque les obligations des parties se trouvent associées les unes et les autres aux variations de la conjoncture.

216. — Reprenant la même ligne de réflexion, M. Doucet (71) s'est efforcé d'élaborer la notion de société économique en relevant « la nature propre de la société » et le critère de « la distinction entre le contrat de société et les autres contrats synallagmatiques ».

Les auteurs s'accordent à reconnaître trois éléments constitutifs de la notion de société : l'existence d'apports, la participation des associés aux profits et aux pertes et l'*affectio societatis*. C'est en effet le troisième élément, subjectif et non objectif comme les précédents qui, pour les auteurs, permet de distinguer le contrat de société des contrats voisins (72). Dans la société, il s'agit des « obligations mutuelles fondées sur la volonté "collective" du groupe », tandis que, dans les autres contrats, il s'agit d' « appauvrissement subi par le créancier au profit du débiteur, et qui contraint ce dernier à réparer l'équilibre ainsi rompu ». Les autres éléments jouent cependant un rôle important : ils révèlent la volonté de coopération. La recherche de l'*affectio societatis* est dominé par l'examen des circonstances qui ont entouré sa manifestation. En pratique, l'existence d'une clause de participation contribue grandement à révéler une volonté d'association.

On peut répartir les clauses d'indexation, qui sont au fond du débat sur la licéité des garanties conventionnelles, en trois groupes selon que l'*affectio societatis* apparaît d'une manière très nette, ne ressort qu'accessoirement ou fait totalement défaut (73).

La clause de participation aux bénéfices, la clause d'indexation sur le chiffre d'affaires et la clause d'indexation sur la productivité, toutes les trois impliquent une association très poussée entre les contractants.

La clause d'indexation sur le prix d'un bien ou d'un service qui présente un rapport direct avec l'objet de la convention et la clause d'indexation sur l'activité du créancier ou du débiteur supposent, elles aussi, mais à un degré moindre, une intention de coopération entre

(70) J. Hamel, *Rev. écon.*, 1955, *loc. cit.*

(71) Thèse précitée, nos 139 et s.

(72) J. Hamel et G. Lagarde, *Traité de Droit commercial*, T. 1, Paris, 1954, n° 409.

(73) Doucet, Thèse précitée, nos 153-164, surtout ce dernier numéro.

les parties. Certes, il ne saurait plus être question de découvrir quelque *affectio societatis*. Mais, économiquement, l'idée de société peut encore exister, et, psychologiquement, elle subsiste à l'état latent (74).

« Enfin, les clauses d'indexation sur le prix d'un bien ne présentant pas un rapport direct avec l'objet de la convention ou l'activité de l'une des parties, sur un chiffre ne correspondant pas à un prix, sur l'indice du coût de la vie, sur le cours d'un métal précieux et les clauses devises étrangères, ne constituent que des procédés de luttes contre la dépréciation monétaire ; toute idée de société leur est étrangère (75). »

Ce raisonnement aboutit donc à condamner les clauses de ce dernier groupe. Par contre, il cherche à valider les clauses des deux premiers. Dans ceux-ci, la clause tend à transformer les obligations des contractants en obligations mutuelles.

217. — Toutefois, pour beaucoup d'auteurs, l'idée de société est de nature à faire illusion. En l'occurence, l'indice de référence a été choisi de manière particulièrement adéquate parmi les éléments qui conditionnent l'activité de l'entreprise et le montant des ressources, ce qui peut donner l'impression de poursuivre un but commun (76). De l'aveu même de M. Doucet, l'effet qu'exercent les clauses du deuxième groupe sur le contrat n'apparaît nettement que dans les clauses les plus « évoluées » de ce groupe, mais ne peut jamais conduire à orienter la qualification de la convention (77). Même quand les clauses du premier groupe marquent l'aboutissement de cette « évolution », ces considérations ne font que souligner une tendance ; elles ne rendent pas vraiment compte du droit positif dans lequel la distinction entre le contrat de société et les autres contrats reste très ferme. Tant qu'il n'est pas possible de découvrir une *affectio societatis*, on ne peut parler de société. Tout au plus, les clauses les plus « évoluées » font adjoindre au contrat primitif une participation civile ou commerciale (78).

M. Philippe Durieux estime que, « sur le plan économique, l'association à la fortune de l'entreprise apparaît comme un simple prétexte et ne correspond à aucune réalité... Il s'agit simplement de donner au prêteur l'assurance q'il retrouvera, lors du remboursement de l'obligation, la même capacité d'achat que celle à laquelle il a provisoirement renoncé (79) ».

(74) *Idem*, n° 157.

(75) *Idem*, n° 164.

(76) M. Vasseur, R.T.D.C., 1952, *loc. cit.* L'idée de société à laquelle il est fait appel évoque également la notion de l'entreprise dont les contours juridiques sont assez mal définis.

(77) Thèse précitée, n° 166.

(78) *Idem*, n°s 168 et s. ; Ph. Durieux, *Les prêts indexés*, Thèse Paris, 1956, p. 121.

(79) Ph. Durieux, Thèse précitée, p. 129 ; J. Noirel, *loc. cit.*, p. 79, n° 4.

« Le problème qu'il ne faut pas perdre de vue de l'ajustement de l'offre globale à la demande globale n'est pas résolu pour autant, parce qu'on a fait passer sans discrimination un certain nombre de créanciers dans la catégorie des associés et assimilés (80). »

Quoiqu'il en soit, la notion de société a eu le mérite de mettre en lumière les éléments objectifs du contrat et d'orienter la recherche vers le choix des indices pour résoudre le problème.

B. — La notion de contrepartie réelle.

218. — C'est M. Fréjaville (81) qui a attiré le mieux l'attention sur cet aspect du problème. « L'ordre monétaire exige que soient frappées d'inefficacité les clauses qui tendent à accélérer la dépréciation de la monnaie. Par contre, les clauses qui ont simplement pour but d'adapter les prestations au cours de la monnaie, de suivre cette dépréciation sans la précipiter, doivent être valables ». C'est à travers l'économie interne du contrat que peut être trouvée la conciliation entre ces deux impératifs contradictoires.

Cette idée a conduit M. Fréjaville à distinguer entre les contrats qui doivent donner naissance à des créances de sommes d'argent en contrepartie des prestations à faire, et ceux qui donnent naissance à des créances de sommes d'argent en contrepartie de prestations déjà faites.

Dans les contrats de la première catégorie, la clause sera licite si elle permet de fixer les prix des prestations conformément à leur valeur au jour où elles seront faites. Afin d'éviter, dans ces contrats, que la somme due ne soit pas trop différente de la valeur de la prestation fournie, ce qui, selon lui, constituerait un agio (et par conséquent d'éviter la rigidité de l'économie), M. Fréjaville préconise la stipulation d'indices internes. C'est le choix adéquat de l'indice qui permet de priver la clause de ses effets inflationnistes.

En revanche, dans la seconde catégorie, ne seront licites que les clauses incluses dans des contrats donnant naissance aux créances en contrepartie d'une prestation en nature. Par contre, seraient illicites, les clauses qui seraient insérées dans les contrats qui donnent naissance à des créances de sommes d'argent, en contrepartie de prestations déjà faites de remise d'argent, comme les contrats de prêts d'argent et les constitutions de rente viagère par versement de sommes d'argent.

219. — L'analyse est séduisante. Un point au moins de l'exposé de M. Fréjaville mérite une attention toute particulière : l'importance que l'auteur attache au choix de l'indice. Le problème réside bien dans ce choix de l'indice.

(80) M. Vasseur, R.T.D.C., 1952, *loc. cit.*
(81) *Les clauses d'échelle mobile*, D., 1952, chr., VIII.

Toutefois, la notion de contrepartie n'a pas eu l'adhésion unanime. En effet, sa mise en œuvre par M. Fréjaville souffre d'une imprécision. L'admission de la licéité de la clause dans les contrats comportant des prestations en nature déjà faits conduit nécessairement à l'admission de la validité de la clause dans les contrats donnant naissance à des créances de sommes d'argent en contrepartie d'une remise antérieure d'argent et dans le contrat de prêt en particulier, lorsque les fonds prêtés sont effectivement utilisés à l'acquisition d'une valeur réelle qui peut être considérée comme une contrepartie réelle. Alors, la notion de contrepartie réelle devient une barrière bien fragile opposée à la généralisation des clauses (82).

220. — Ripert, qui paraît lui aussi attiré par cet aspect économique de l'indexation, devait donner les éléments de rectification de la théorie de M. Fréjaville.

Envisageant le paiement de dettes de sommes d'argent, prix de vente ou remboursement de prêt, il voit que « Le juge... doit rechercher si celui qui l'a stipulée à son profit pouvait équitablement imposer au débiteur le risque imprévisible de la dépréciation monétaire. S'il apparaît qu'il a fait passer sur la tête d'un autre, sans aucune contrepartie, le risque qui doit légalement peser sur lui-même comme détenteur de capitaux mobiliers, la convention apparaît contraire au respect de la règle morale dans les conventions. Si la loi devient par elle-même source d'immoralité, et s'il en est ainsi des lois monétaires, il faut à plus forte raison que le juge veille sur la moralité du contrat (83). »

On en arrive ainsi à opposer les contrats relatifs aux biens de production aux contrats qui ont pour objet, ou pour fin, des biens de consommation. La clause d'indexation se trouve par la suite justifiée dans le premier cas (84) : « Cette solution se justifie parce que le prêteur fait, dans ce cas, l'office de commanditaire. Bien que le contrat ne constitue pas une association en participation, parce que le prêteur n'entend pas supporter les pertes et que le capital prêté est toujours remboursable, il paraît juste de lui permettre de s'associer par une clause d'échelle mobile aux avantages que l'emprunteur retirera de l'apport d'argent qui lui est fait (85). »

C. — La notion de l'équivalence.

221. — On a parfois voulu systématiser la jurisprudence en faisant appel à la notion d'équivalence. « Le principe d'équilibre, d'équivalence, a toujours été la règle et le juge l'a toujours appliqué sans

(82) M. Vasseur, R.T.D.C., 1952, *loc. cit.* ; Doucet, Thèse précitée, n° 86 ; Esmein, Gaz. Pal., 1952.2, doct., pp. 2 et s., *loc. cit.*

(83) Note sous Aix-en-Provence, 2 avril 1951, D., 1951, p. 401. Cf. E.S. de La Marnière, *Monnaie de compte et monnaie de paiement*, D., 1951, chr. XXXIX.

(84) Ripert, note sous Civ. 27-6-1957, D., 1957, p. 649.

(85) Ripert et Boulanger, *Traité, op. cit.*, n° 1600.

toujours l'exprimer. Les clauses annulées ne le sont pas tant parce qu'elles portent atteinte aux intérêts de l'Etat que parce qu'elles ne réalisent plus l'équilibre (86). »

Que la jurisprudence ait un contrôle des conventions faisant varier le contenu contractuel en réponse aux fluctuations économiques qui assurent un certain équilibre dans l'économie interne du contrat, cela n'est pas contestable. Mais n'est-il pas surprenant de justifier ce contrôle par la notion d'équivalence dans un droit qui n'admet pas la révision des conventions (87) ? L'équivalence dans ce droit est l'équivalence voulue par les parties et non pas l'équivalence matérielle. Elle est en notre cas le montant qui résulte du jeu de la clause stipulée, quel que puisse être ce montant. Or, c'est justement ce montant qu'on cherche à contrôler. Il faut donc ou bien trouver un autre moyen de contrôle, ou bien accepter d'abord l'idée de l'équivalence matérielle comme règle générale.

§ 2. — La définition du contrôle économique.

222. — Tous ces travaux ont contribué à dégager la notion du contrôle économique des clauses faisant varier le contenu du contrat en réponse aux fluctuations économiques (A). Cependant, si ces travaux nous donnent les éléments d'un critère du contrôle économique de ces clauses, ils ne nous semblent pas convaincants quant à l'instrument technique de sa mise en œuvre (B).

A. — Le critere du controle economique.

223. — Le critère de la distinction entre les clauses licites et les clauses illicites se trouve dans la relation plus ou moins étroite de la clause avec le contrat. Le problème réside bien dans le choix des indices. Afin que la clause soit licite, il faut la stipulation d'indices internes. Le mieux est de référer si possible « à l'objet même des prestations envisagées ; ce n'est qu'à défaut qu'il faut faire appel à des indices de remplacement par une sorte de subrogation réelle élargie ».

Les clauses qui débordent directement ou indirectement la sphère contractuelle sont illicites. Ces clauses sont les seules qui créent la rigidité de l'économie en liant directement ou indirectement à des variations de prix le montant nominal de l'obligation. Par contre, les clauses qui font varier le montant de l'obligation en fonction de la valeur de l'objet de l'obligation correspondante n'affectent en aucune façon la souplesse de l'économie nécessaire au jeu naturel

(86) P. Azard, *L'instabilité monétaire et la notion d'équivalence dans le contrat*, J.C.P., 1953.1.1092, Cf. J. Mihura, note sous Cass. civ., 3-11-1953, J.C.P., 1953.11.7840.
(87) Farjat, *op. cit.*, n° 199.

de l'offre et de la demande sur chaque bien et service. Or, ce qui entraîne le recul du moment de l'équilibre, nous l'avons vu, c'est la rigidité de l'économie résultant de la variation des prix dans la même proportion.

D'autre part, l'indexation interne, en même temps qu'elle laisse la souplesse nécessaire au progrès de l'économie, ne suffit-elle pas à rééquilibrer les contrats ? Ne suffit-elle pas, en un mot, à adapter le contrat aux circonstances économiques ?

La jurisprudence (88), nous l'avons vu, admet la validité de toutes les clauses d'indexation pour le secteur international des contrats, y compris les clauses valeur-or et valeur monnaie étrangère. N'est-ce pas parce que ces clauses ne cessent pas d'être en rapport avec le contrat dans ce secteur ? « Il faut surtout reconnaître que la validité de la clause-or ne puise pas sa véritable justification dans la liberté des volontés subjectives, mais dans l'adoption générale de l'or comme instrument du commerce international ; le contrat semble ainsi se référer à la règle de droit engendrée par cette société particulière (89). »

Dans le secteur interne, cette jurisprudence n'a pas hésité à déclarer illicites les clauses valeur-or ou valeur monnaie étrangère. Cela ne viendrait-il pas du fait que l'indice de référence est sans rapport avec le contrat ? Ce qui confirme l'explication, c'est que cette jurisprudence admettait toujours les clauses denrées et valeurs denrées.

Quant à l'échelle mobile, elle la déclarait licite tant qu'il existait des lois contrôlant le montant de l'obligation sans invoquer le problème du choix de l'indice, ce choix étant superflu tant que la loi a la complète emprise sur le montant de l'obligation. A défaut, elle s'est montrée disposée à exercer elle-même ce contrôle. Le seul élément qui lui a permis ce contrôle est l'indice de référence. D'abord, elle a critiqué les indices généraux ; puis, elle a exigé le rapport entre l'indice et le contrat. Mais pourquoi la Cour de cassation française a-t-elle renoncé, à partir de son arrêt du 27-6-1957, à exercer un contrôle quelconque sur les indexations ?

B. — Le cadre technique du controle economique.

224. — Ni la notion de société, ni la notion de contrepartie réelle, ni celle de l'équivalence ne nous semblent suffisantes pour justifier les solutions qui découlent du critère de l'indexation interne et de l'économie du contrat.

La technique de la société se heurte à l'absence des éléments de la société dans la plupart des clauses licites selon le critère dégagé.

La notion de contrepartie réelle, au moins telle que la conçoit M. Fréjaville, est à la fois étroite et large ; elle est étroite quand

(88) *Supra*, n^{os} 202 et s
(89) Hébraud, *loc. cit.*

elle aboutit à l'illicéité de toute clause affectant les contrats qui donnent naissance à des créances de sommes d'argent en contrepartie d'une remise antérieure d'argent ; elle est large quand elle affranchit de tout contrôle les clauses affectant les contrats qui donnent naissance à des prestations en argent, en contrepartie d'une prestation en nature déjà effectuée.

La notion d'équivalence est surprenante dans un droit qui n'admet pas la révision des conventions et conçoit l'équivalence dans les contrats comme l'équivalence voulue par les parties contractantes.

C'est en effet cette impuissance de toutes ces techniques qui explique la renonciation de la Cour de cassation française à exercer le contrôle économique sur les indexations. Lorsque celle-ci a rejeté l'artifice de l'ordre monétaire, elle s'est trouvée dans le vide.

225. — Le défaut de toutes ces techniques réside, en fait, dans ce qu'elles partent plus ou moins de l'idée que le nominalisme monétaire implique l'illicéité de toutes les clauses, et qu'elles cherchent ainsi un moyen déguisé d'échapper à cette illicéité.

Toutefois, les clauses faisant varier le contenu contractuel sont en effet en dehors de ce principe. Leur licéité est fonction de l'ordre économique et contractuel. La logique aurait donc abouti à la licéité de toutes ces clauses dans un ordre économique libéral, à moins qu'elles se heurtent à la logique de cet ordre.

Or, on a vu que ces clauses ne heurtent la logique de l'ordre économique libéral que lorsqu'elles créent une sorte de rigidité, d'interdépendance dans les différentes variables de l'économie, lorsqu'elles lient directement ou indirectement à des variations générales des prix, le montant nominal de certains revenus.

Pour ceux qui admettent que les clauses faisant varier le contenu contractuel relèvent de l'ordre monétaire, toutes les clauses sont illicites en principe (90). Ce qu'il faut chercher, c'est un moyen technique pour faire échapper à la condamnation telle ou telle clause dans les cas où son admission est opportune. De là venaient toutes les réflexions subtiles sur la notion de société, de contrepartie ou d'équivalence.

Par contre, pour ceux qui admettent que les clauses envisagées appartiennent à l'ordre économique, ces clauses doivent être considérées comme licites, en principe. Ce n'est que dans la mesure où elles se heurtent avec l'ordre public économique qu'elles doivent être condamnées. Or, l'article 6 du Code civil français aurait suffi au juge comme moyen technique de contrôle et pour plier les garanties conventionnelles à la logique de l'économie libérale. L'article 6 défend, en effet, comme on l'a vu, la liberté contractuelle dans ce qu'elle a de fondamental. Elle défend le marché contre toutes les pratiques restrictives de la concurrence. Or, les indexations externes aboutissent

(90) M. Vasseur, R.T.D.C., 1952, *loc. cit.*

en fait à de telles restrictions. En tout cas, le recul de la Cour de cassation française a nécessité l'intervention du législateur pour donner une base légale et solide au contrôle économique.

Sous-section II

LE CONTROLE ECONOMIQUE DES CLAUSES DE GARANTIES DANS LES ORDONNANCES DE 1958 ET 1959

226. — L'année 1958 a marqué un tournant très important dans l'histoire des clauses d'indexation. L'ordonnance n° 56-1374 portant loi de finances pour 1958 (100) a été l'occasion de la consécration législative du contrôle économique sur les indexations. L'article 79 de cette ordonnance dispose :

1° Sont abrogées toutes dispositions générales de nature législative ou réglementaire tendant à l'indexation automatique des prix de biens ou de services ;

2° Demeurent toutefois en vigueur les dispositions de l'article 31Xa du Code du travail, relatives à l'indexation du salaire minimum garanti ;

3° Sont interdites toutes nouvelles dispositions statutaires ou conventionnelles prévoyant les indexations fondées sur le salaire minimum interprofessionnel garanti ou sur le niveau général des prix à la consommation ;

4° Cessent de recevoir application les dispositions en cours comportant de telles indexations, sauf lorsqu'elles concernent des dettes d'aliments ou des constitutions de rentes viagères de caractère alimentaire.

Les deux premiers paragraphes ne font que prévoir certaines annulations des indexations légales ou réglementaires dans les contrats en cours. Ils ont un caractère provisoire puisqu'ils visent tout simplement à liquider le régime antérieur. Le troisième concerne, en revanche, le critère de validité des indexations conventionnelles ou statutaires. Or, ce troisième paragraphe a été modifié, sur la demande des auteurs et des praticiens, par l'article 14 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 (101), en ces termes :

3° Dans les nouvelles dispositions statutaires ou conventionnelles, sauf lorsqu'elles concernent des dettes d'aliments, sont interdites toutes clauses prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum interprofessionnel garanti, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur des prix de biens, produits ou services n'ayant pas de

(100) *J.O.*, 31 décembre 1958, p. 12071.
(101) *J.O.*, 8 février 1959, p. 1751.

relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties.

« Dans les dispositions statutaires ou conventionnelles en cours, les clauses prévoyant de telles indexations cessent de produire effet au-delà du niveau atteint lors de la dernière revalorisation antérieure du 31 décembre 1958, lorsque ces dispositions concernent directement ou indirectement des obligations réciproques à exécution successive. » C'est donc cet article 14 de l'ordonnance du 4 février 1949 qui nous concerne.

L'article 14 de l'ordonnance de 1959 interdit toutes les clauses prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum interprofessionnel garanti, sur le niveau général des prix ou des salaires, ou sur des prix de biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties. Il ne permet donc que les clauses retenant le prix des biens, produits ou services ayant une relation directe avec l'objet de la convention ou avec l'activité de l'une des parties. Si le sens général de cet article apparaît d'une manière suffisamment claire, son application pose cependant de délicats problèmes dus à une rédaction par trop imprécise. Les commentateurs révèlent une tendance à envisager séparément deux catégories distinctes de clauses licites : celles qui retiennent le prix de biens, produits ou services ayant une relation directe avec l'activité de l'une des parties. Il s'agit alors pour eux de se demander ce qu'on entend par « l'objet de la convention » et par « l'activité de l'une des parties » et les réponses à ces questions ont été fort diverses, étant fonction de conceptions de départ opposées (§ 1).

Cependant, on peut se demander si la prise en considération du but de l'article 14 ne permet pas de dégager un seul critère cohérent dont la notion de l'objet, et celle de l'activité des parties d'une part, et la relation directe entre celle-ci et l'indice choisi d'autre part, ne sont que les éléments constitutifs (§ 2).

§ 1. — Le double critère de l'ordonnance de 1959 : objet du contrat et activité de l'une des parties.

227. — « On sait ce qu'est l'objet d'une obligation : c'est ce que le débiteur doit faire ou s'abstenir de faire », remarque M. le professeur Esmein (102). On se demande ce que peut être l'objet d'une convention. On peut comprendre par là ce que chaque partie entend obtenir grâce à cette convention. Le terme n'est pas juridique. Certains auteurs, constatant l'atteinte portée par le texte de l'article 14 à la liberté contractuelle estiment qu'il doit être interprété de manière stricte.

(102) Note sous Paris (2e ch.), 2 décembre 1960, J.C.P., 1961.II.11927.

Ils assimilent la notion d'objet de la convention à celle de l'objet de l'obligation ; étendre cette notion en dehors de ce domaine, c'est confondre l'objet avec le but et aboutir à tenir compte de la destination donnée par le débiteur au bien, produit ou service concerné par la convention, alors qu'une telle recherche ne peut être entreprise par le tribunal (103). D'autres, inspirés par le but de l'ordonnance, ont été conduits à donner à la notion d'objet son sens vulgaire, son sens le plus large, qui embrasse tout « élément essentiel de la convention (104) ».

228. — La même divergence se trouve à propos de « l'activité de l'une des parties » avec laquelle l'indice doit avoir une relation directe. Certains n'admettent que « l'activité professionnelle (105) ». Mais d'autres ne voient pas pour quelle raison les autres activités devront être écartées (106).

§ 2. — Critique du critère double de l'ordonnance de 1959 : à la recherche d'un critère unique.

229. — « Pour appliquer convenablement la règle, même exceptionnelle, il faut tenir compte du but que le législateur s'est proposé en l'introduisant en droit positif (107). » C'est en fonction de son but que doit être interprété l'article 14 (108), et non pas en fonction de telle ou telle position *a priori* sur son opportunité.

Sans doute, l'objet de la convention ne peut être distingué du but que si on l'entend au sens de l'objet de l'obligation (109). Sur ce point, l'interprétation restrictive semble justifiée. Si l'article 14 s'était contenté de cette formule (l'objet du contrat), la sphère des clauses licites aurait permis d'indexer le prix dans le contrat de vente sur les biens, produits ou services en relation directe avec la chose vendue (110) ; le loyer sur les biens, produits ou services en relation directe avec la chose louée (111) ; le salaire sur les biens produits ou

(103) G. Fau et A. Debeaurain, *Annales loy.*, 1960, p. 81, n° 34.

(104) En ce sens, cf. Doucet, Thèse précitée, n° 214 ; J. Ph. Lévy, J.C.P., 1959.1.1472, *loc. cit.* ; L. Page, *Indexations*, Jour. Not., 1959, art. 45-775, p. 232 ; J. Noirel, *loc. cit.*, n° 45.

(105) En ce sens, cf. Fau et Debaurain, *loc. cit.*, n° 34.

(106) En ce sens, L. Page, *loc. cit.* ; Doucet, Thèse précitée n° 250 ; J. Ph. Lévy, *Après le tournant financier de fin* 1959, J.C.P., 1959.1.1472.

(107) J. Chevalier, *Cours de Droit civil approfondi*, 1957-1958. Même sens, cf. Gény, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1932, T. I, n° 98 ; P. Esmein, *La querelle des indexations*, Gaz. Pal., 1963.1, doct., p. 1.

(108) Doucet, Thèse précitée, n° 207.

(109) *Supra*, n°s 127 et s.

(110) Pour des exemples, v. Doucet, Thèse précitée, n° 218.

(111) M. Doucet donne des exemples d'indexation des baux sur l'activité de l'une des parties, mais il est à remarquer que, dans ces exemples, les indices sont en même temps en relation avec l'objet, v. thèse précitée, n° 219.

services produits par le travail de l'employé (112) ; la rente viagère dans le contrat de constitution de rente viagère provenant de la vente d'une chose, sur les biens, produits ou services en relation directe avec cette dernière (113) ; les primes et le capital, dans l'assurance des risques concernant les choses, sur les biens, produits ou services en relation directe avec ces choses (114).

Mais la notion d'objet de la convention, à elle seule, n'aurait pas permis l'indexation dans certains contrats comme le prêt d'argent et la rente viagère en contrepartie d'une somme d'argent, l'objet, dans ces deux cas, consistant précisément en numéraire (115). Elle n'aurait pas non plus permis l'indexation de l'asurance des risques concernant les personnes (116). En effet, l'objet de ce contrat est, d'un côté la vie humaine qui n'a pas de valeur vénale, et de l'autre, une somme d'argent. De même, l'assurance responsabilité n'aurait pas trouvé une référence dans son objet (117).

Dans de tels contrats, l'obligation d'une partie ne peut être indexée que par l'emploi auquel la contrepartie est destinée, c'est-à-dire « l'objet » que par le contrat on se propose d'atteindre ou l'objectif visé par l'opération ; en un mot, l'équivalent de la cause (118).

230. — C'est, nous semble-t-il, pour légitimer l'indexation dans notre dernière catégorie de contrats que l'article 14 a permis non seulement les clauses dont l'indice de référence est en relation directe avec l'objet de la convention, mais encore les clauses dont l'indice est en relation directe avec « l'activité de l'une des parties ». « L'activité de l'une des parties » semble correspondre au « but que poursuit l'une des parties » à la destination donnée par le débiteur au bien, produit ou service concerné par la convention.

231. — Cependant, la formule « activité de l'une des parties » prise à la lettre paraît excessive. Elle comprend les activités auxquelles est destiné ce que chaque partie obtient du contrat comme les activités qui n'ont aucun rapport avec celui-ci. Or, l'indexation sur l'activité de l'une des parties qui n'a aucun rapport avec ce qu'on obtient de la convention peut dépasser le but que poursuit l'article visé. Elle comprend, aussi bien que l'activité du débiteur, l'activité du créancier. Or, à choisir la marchandise de référence dans la sphère économique du créancier, plutôt que dans celle du débiteur, on peut faire de la clause une clause de domination (119).

(112) *Ibid.*
(113) *Idem*, n° 220.
(114) *Idem*, n° 222.
(115) R. Savatier, D. 1959, chr., p. 63 ; J.-Ph. Lévy, J.C.P., 1959, *loc. cit.*
(116) J.-Ph. Lévy, J.C.P., 1959, *loc. cit.*
(117) Doucet, Thèse précitée, n° 222.
(118) R. Savatier, note sous appel Paris, 4-3-1960, D., 1960.767 et s., J.-Ph. Lévy, J.C.P., 1959, *loc. cit.*
(119) J. Carbonnier, R.T.D.C., 1951.III, p. 394. Cf. Doucet, Thèse précitée, n° 159.

On comprend, dès lors, les scrupules de ceux qui ont voulu entendre par « l'activité de l'une des parties », « l'activité professionnelle » pour restreindre le domaine des indexations valables. Toutefois, la restriction ne doit pas être cherchée dans la nature de l'activité. Qu'elle soit professionnelle ou non, celle-ci peut avoir un rapport avec le contrat indexé. La restriction doit être cherchée plutôt dans la relation entre cette activité et ce que chaque partie obtient de la convention. C'est ainsi que M. Doucet — qui ne se limite pas à l'activité professionnelle — ne paraît retenir l'activité de l'une des parties qu' « à partir du moment où... (elle) permettra d'assurer réellement une association dans le cadre du contrat (120) ». Cherchant à expliquer « la relation directe » de l'indice avec l'objet de la convention ou l'activité de l'une des parties, le même auteur s'est laissé dire — sans distinction entre les deux cas — : « il y a relation directe lorsque la participation créée présente un lien suffisamment étroit *avec la convention principale* (121). » Pour un autre auteur, « Il ne semble pas que *le bail d'un local "familial"* puisse être indexé en fonction de *l'activité du locataire,* car *il n'y a pas de relation directe de l'un à l'autre* (122). »

L'article 14 exige en effet un rapport direct entre bien, produit ou service tenu comme indice de référence et l'activité de l'une des parties. La doctrine a été amenée, sans s'en apercevoir, à substituer à ce rapport un autre rapport tout différent entre le bien, produit ou service retenu comme indice et le contrat lui-même. N'est-ce pas parce qu'elle sent que donner à la formule « activité de l'une des parties » tout son contenu, dépasse le but du législateur (123) ?

232. — Bref, l'article 14 aurait atteint directement son but et avec beaucoup plus de précision s'il avait substitué la notion juridique du but du contrat aux deux notions de l'objet du contrat et l'activité de l'une des parties. Les contractants auraient trouvé dans les différents rouages de cette notion qui s'étend de l'objet de l'obligation jusqu'au motif, le moyen d'indexer leurs contrats (124). Le législateur aurait trouvé, lui aussi, le moyen de contrôler l'indexation. Ce qui est critiquable dans les textes nouveaux, ce n'est pas tant le fait d'avoir interdit certaines indexations que d'avoir employé des formules trop vagues pour valider les autres (126).

(120) Thèse précitée, n° 215.

(121) *Idem,* n° 216.

(122) Joëlle JEAN-FRANÇOIS, Thèse précitée, p. 15.

(123) Pour une conception large de la relation directe entre l'indice de référence et l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties, Trib. civ. Seine, 13-6-1961, J.C.P., 1962.II.12453, note B.B. ; P. ESMEIN, Gaz. Pal., 1963, *loc. cit. Contra :* la note rapportée sous le premier arrêt ; Trib. civ. Seine, 21-3-1963, Gaz. Pal., 1962-1-27 ; Cour d'appel de Paris, 28-6-1962, Gaz. Pal., 1962.2.196.

(124) Cf. J. CARBONNIER, *Observations,* R.T.D.C., 1954.1, p. 120.

(125) B. STARCK, note sur Trib. Seine, 30-5-1959, *Recueil général des lois et de la jurisprudence,* 1960, p. 13.

233. — L'article 14/3 de l'ordonnance de 1959 paraît donner une place de faveur aux dettes d'aliments. A titre exceptionnel, ces dettes échappent au champ des indexations interdites. Pour les dettes d'aliments, on peut se fonder sur le salaire minimum interprofessionnel garanti, sur le niveau général des prix ou des salaires, ou sur les prix de biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet de la convention ou l'activité de l'une des parties. S'agit-il vraiment d'une exception ?

Il est permis d'en douter. « L'obligation alimentaire consiste dans une prestation positive : faire vivre, permettre la subsistance et, plus généralement, l'existence normale du créancier (126) ». L'essence des dettes d'aliment est donc de satisfaire les besoins du créancier. Or, ces besoins dépendent du salaire minimum interprofessionnel garanti, du niveau général des prix et de tous les biens, produits ou services. Il s'agit donc, dans ces cas, d'indices référant à l'objet de la convention au sens exact de l'article 14 et d'indices parfaitement internes. Le législateur a voulu prévoir une application particulière qui, sans texte, aurait soulevé des doutes (127) (128).

(126) Jean Barrère, *Influence de la dépréciation monétaire sur les obligations alimentaires, in* « Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée », *op. cit.*, p. 37, n° 1.

(127) Cf. Doucet, Thèse précitée, n° 227.

(128) Beaucoup d'auteurs pensaient que les dettes d'aliments envisagées par l'article 14 sont les dettes légales et non pas les dettes conventionnelles (Doucet, Thèse précitée et les auteurs cités par lui, n^{os} 225 et s.). En tout cas, la loi n° 63-699 du 13-7-1963 a assimilé aux dettes d'aliments les rentes viagères entre particuliers en disposant dans son article 4 que « pour l'application de l'article 79-3 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30-12-1958, modifiée par l'article 14 de l'ordonnance n° 59-246 du 4-2-1959, doivent être regardées comme des dettes d'aliments les rentes viagères constituées entre particuliers, notamment en exécution des dispositions du dernier alinéa de l'article 767 du C.C. et de celles du troisième alinéa de l'article 1094 du même code » (D., 1963, Législation, p. 228).

CHAPITRE II

L'organisation autoritaire du contenu contractuel en réponse aux circonstances économiques.

234. — Dans un régime contractuel libéral, la volonté des contractants est souveraine dans l'aménagement de l'économie du contrat. Les prévisions de ces contractants font leur loi. Adapter l'économie du contrat, modeler son contenu par le juge, en réponse aux circonstances économiques, ce ne peut être que déterminer la part de ce qui était prévisible et de ce qui était imprévisible aux parties. De là, toute tentative de donner au juge un pouvoir dans la détermination du contenu contractuel s'inspirait de la notion d' « imprévision ».

On présentait l'adaptation du contrat « non pas comme une atteinte à la force obligatoire du contrat, mais comme une affirmation de celle-ci ; la possibilité pour le juge d'adapter le contrat étant déduite de l'interprétation de la volonté des parties et considérée comme implicitement prévue par celle-ci (1) ».

Toutefois le contrat libéral, lors même qu'il porte sur l'avenir, enferme les parties dans un « présent élargi (2) ». Il répugne à tout changement apporté à la volonté exprimée lors de sa conclusion en dépit de tout changement de circonstances ; il exprime une économie stable qui se croyait à l'abri de toute incertitude. De même, limitant strictement ses effets aux parties, celui-ci les isole dans leur indépendance à l'égard des pouvoirs publics.

Engager l'individu dans l'avenir et l'englober dans l'ensemble que constitue l'économie nationale est une œuvre nouvelle devant laquelle le juge — appelé à appliquer le droit classique — reste impuissant ; il a besoin tout d'abord de l'intervention du législateur. Ainsi, adapter le contrat, modeler son contenu en réponse aux circons-

(1) J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, *loc. cit.*, n° 12.

tances économiques ne peut être réalisé que par voie législative, à l'encontre de la volonté contractuelle.

SECTION I : *La recherche de la limitation du contenu contractuel aux prévisions des parties, dans le cadre des techniques classiques.*

SECTION II : *L'organisation autoritaire du contenu contractuel par de nouvelles techniques.*

SECTION I

LA RECHERCHE DE LA LIMITATION DU CONTENU CONTRACTUEL AUX PREVISIONS DES PARTIES DANS LE CADRE DES TECHNIQUES CLASSIQUES

235. — On sait que, dans la doctrine, nominalisme monétaire et immutabilité du contrat sont synonymes. C'est parce que le législateur consacre le nominalisme monétaire qu'il donne force absolue au contrat. C'est parce qu'il donne cette force au contrat qu'il justifie et consolide le nominalisme monétaire.

Le créancier d'une prestation monétaire est, dans la plupart des cas, un débiteur d'une prestation en nature. Une fois menacé de ruine par la hausse des prix, il cherche à se libérer de la prestation en nature qui lui incombe, ou à valoriser sa créance monétaire. Ce sont les deux formes dans lesquelles se pose le problème de la stabilité du contrat et de sa force obligatoire.

A vrai dire, sous la première forme, la question de la stabilité du contrat — quoique résultant du phénomène des fluctuations des prix — ne semble pas susceptible de mêler, au moins directement, les principes monétaires à sa solution juridique. Toutefois, la jurisprudence n'a pas manqué de mettre hors de doute la stabilité du contrat.

Il s'agissait des contrats — louage de services, marché à livrer — dans lesquels l'une des parties refusait de continuer l'exécution du contrat en invoquant la force majeure qui rendait cette exécution sinon impossible, du moins onéreuse, dans une mesure que les parties n'auraient pas prévues. Déjà, dans des situations semblables, à l'occasion de la guerre de Crimée, la Cour de cassation française avait posé le principe que seul un obstacle absolu délie les contractants de l'accomplissement de leurs engagements. Depuis cette décision et dans les espèces déjà mentionnées, le principe a été suivi par la jurispru-

(2) André PIETTRE, *Vers l'économie contractuelle*, Journal *Le Monde*, 15-5-1963.

dence, tant française (3) qu'égyptienne, et réaffirmé par les Cours de cassation (4).

Mais le problème n'a pas tardé à se poser devant la jurisprudence française dans son deuxième aspect susceptible de faire intervenir les principes monétaires. Il s'agissait de baux à cheptel de fer contenant une estimation pécuniaire des animaux livrés au preneur. L'affaire est arrivée à la Cour de cassation. C'était sur le plan pur du droit du contrat que les parties adverses — toutes les deux — avaient posé le problème. Mais le rapporteur de la Cour a versé au débat l'élément monétaire qu'il croyait « d'information et peut-être de décision ». Est-ce que le franc or, auquel pensaient les contractants quand ils faisaient l'estimation, est égal au franc papier ? C'était là la position correcte du problème aux yeux du rapporteur.

Dès 1876, la Cour de cassation française avait refusé de modifier une redevance d'arrosage fixée au XVI^e^ siècle en se basant sur le principe de la force obligatoire du contrat (5). C'est encore sur ce terrain qu'elle a adopté la même solution dans l'affaire du cheptel, en refusant de modifier les conventions claires et précises sous prétexte que les parties, en contractant, « n'avaient pu prévoir l'augmentation extraordinaire du prix des animaux... », sans se prononcer sur l'aspect monétaire du problème sous lequel le rapporteur voyait l'exacte position de l'affaire (6).

Il fallait attendre la modification de la définition légale du franc pour voir la Cour de cassation française se prononcer sur les principes monétaires d'une façon catégorique et directe, indépendamment de la question de la stabilité du contrat et de sa force obligatoire. La Cour a opté pour le principe du nominalisme monétaire en affirmant nettemment la continuité du franc malgré la dévaluation de sa teneur en or. Pour la Cour, un débiteur de 100 francs-or de 1907 se libère valablement, après 1928, avec un billet de 100 francs (7). Elle a réaffirmé son principe dans deux autres affaires concernant la piastre indochinoise (8).

Mais pourquoi donc la jurisprudence, même libérée de la contrainte du principe du nominalisme monétaire, a-t-elle opté pour l'immutabilité du rapport contractuel ? Ne pouvait-elle pas s'appuyer sur la technique contractuelle pour libérer les parties de leurs engagements

(3) H. Capitant, D.P., 1917.2.33.

(4) Req. f., 4 août 1915, D.P., 1916.1.22 ; Civ. é, 14 janvier 1932, Al Mohamah, 12, p. 733.

(5) Civ., 6 mars 1876, D., 76.1.103.

(6) Civ., 6-6-1921, D. 1921.1.73, note X..., S., 1921.1.193, note Hugueny. La Cour a affirmé sa position dans une autre affaire concernant le prix du charbon : C. civ., 15 novembre 1933, Gaz. Pal., 1934.1.68.

(7) Req., 25 juin 1934, D.H., 1934, p. 426, CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, n° 11.

(8) Req., 4 avril 1938, Gaz. Pal., 1938.1.729, D.H., 1938.322 ; Req., 26 décembre 1938, Gaz. Pal., 1939.1.332.

ou pour rééquilibrer leurs droits et obligations réciproques à cause de la modification des circonstances économiques ? N'avait-elle pas devant elle l'exemple de la juridiction administrative qui a accepté la révision du contrat administratif (9) ?

236. — Le contrat, dans sa conception subjective, est une volonté bilatérale. C'est cette volonté qui constitue l'essence du contrat depuis sa formation jusqu'à son exécution. Chaque fois qu'un fait nouveau se présente, qu'il soit inhérent à la formation ou à l'exécution du contrat, on n'a qu'à recourir à l'analyse de la volonté contractuelle.

Cependant, l'approfondissement de la théorie classique du contrat a précisé que la volonté crée un *vinculum juris* qui consiste dans l'obligation du débiteur et le droit du créancier à l'exécution. Ce *vinculum*, quoique reposant sur la volonté, n'en est pas moins indépendant ; une fois le contrat valablement conclu, il n'y a pas lieu de chercher cette volonté en elle-même ; chaque problème doit être envisagé en fonction de ce *vinculum*, de ces droits et obligations.

C'est ce schéma individualiste qui permet, nous semble-t-il, de rendre compte des efforts déployés pour chercher l'adaptation du contenu contractuel au sein de la technique contractuelle traditionnelle.

Toutefois, tous ces efforts ont été condamnés à l'échec. En effet, le défaut se trouve dans la notion même de l'imprévision qui est étrangère à la technique contractuelle traditionnelle, aussi bien qu'à une conscience claire du changement des circonstances économiques.

Sous-section I : *La limitation du contenu contractuel aux prévisions des parties, recherchée dans la formation du contrat.*

Sous-section II : *La limitation du contenu contractuel aux prévisions des parties, recherchée dans l'exécution du contrat.*

Sous-section III : *La notion d'imprévision, réaction de la doctrine libérale.*

Sous-section I

LA LIMITATION DU CONTENU CONTRACTUEL AUX PREVISIONS DES PARTIES, RECHERCHEE DANS LA FORMATION DU CONTRAT

239. — Quand on dit que le contrat fait la loi des parties contractantes, c'est, en fait, l'échange des consentements qui fait naître cette loi et qui délimite son domaine d'application. Le droit civil s'assure

(9) Cette jurisprudence s'est affirmée depuis l'arrêt du Conseil d'Etat français du 20 mars 1916, D. 1916.3.25 ; S. 1916.3.17, note Hauriou.

de la conscience et de la liberté de ceux qui consentent ; si la volonté n'est pas consciente ou libre, il ne voit pas dans le contrat un acte créateur d'obligation. Or, dès que la volonté est consciente et libre, la loi affirme sa permanence pour toute la période de l'engagement. Ce n'est donc que par les deux biais du vice du consentement et du « terme extinctif tacite (10) » que la critique de la force obligatoire du contrat pouvait se glisser sournoisement dans le droit de la formation du contrat en utilisant, pour son succès, les règles techniques traditionnelles (11). Il suffisait pour cela de permettre au juge une large interprétation, en s'appuyant sur la volonté réelle ou présumée des parties, pour faire rentrer dans leurs prévisions et par suite dans le contenu contractuel, les incidents qui peuvent se produire dans la vie du contrat (12) (§ 1) ou de chercher un vice du consentement pour critiquer cette force (§ 2).

§ 1. — La limitation du contenu contractuel et le « terme extinctif tacite ».

238. — S'inspirant des canonistes et des glossateurs (13), l'effort le plus significatif de la doctrine pour trouver le lien rationnel qui lie les volontés des contractants aux conditions économiques a consisté à dégager dans les contrats de durée une condition implicite, ou plutôt un terme extinctif tacite : à savoir, le contrat n'engage les parties pendant le laps de temps envisagé que si les circonstances économiques ne changent pas. Une clause *rebus sic stantibus* est tacitement incluse dans le contrat de durée. Toute modification de la conjoncture postérieure à la conclusion du contrat et entraînant une rupture de l'équilibre initial des prestations imposerait un réajustement des obligations des contractants, à défaut duquel les engagements deviendraient caducs (14).

Pour transformer la clause de ce qu'elle était chez les canonistes et les glossateurs, simple impératif moral, en un impératif juridique, on a d'abord cherché à la concilier avec le principe de la force obligatoire du contrat (article 1134, C.C.F.). Le contrat que vise ce principe, est, par définition même, l'œuvre de la volonté des parties. Or, la teneur matérielle du contrat, si lourd à exécuter à raison des circonstances nouvelles, ne représente pas la volonté qu'auraient eue les parties si elles avaient prévu ces circonstances. Changer les clauses

(10) Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, p. 503.
(11) G. Ripert, *Le régime démocratique..., op. cit.*, n° 138.
(12) *Idem*, n° 155.
(13) *Sur l'histoire de l'imprévision*, Lalou, Semaine internationale de Droit, Paris, 1937, pp. 45-48 ; Ripert, *La règle morale, op. cit.*, n° 82.
(14) Cf. *La théorie de la relativité de la volonté* ; A. Bruzin, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, Thèse, Bordeaux, 1922, pp. 331-342.

du contrat ou déclarer sa caducité en raison des circonstances imprévues n'est pas le modifier, c'est, au contraire, le respecter.

Une fois cette conciliation obtenue, on n'a pas manqué de rattacher la clause *rebus sic stantibus* aux règles d'interprétation. L'article 1156, C.C.F., ne tient-il pour critère d'interprétation la commune intention des parties ?

239. — La jurisprudence a accueilli, nous l'avons vu, avec la plus grande réserve la proposition qui lui a été faite de s'appuyer sur l'intention probable des parties pour libérer le débiteur ou modifier le contenu des obligations contractuelles. La jurisprudence ne s'arroge en effet le droit de rechercher la volonté probable que si les parties n'ont pas expressément manifesté leur volonté ou ne l'ont manifesté que d'une manière ambiguë (15).

En effet, comme le remarque M. le professeur Carbonnier, « Il est peu raisonnable de présumer une volonté d'instabilité sous des engagements apparemment fermes (16). » Et il n'a pas été difficile à la majorité de la doctrine de démontrer le caractère fictif de cette analyse. Cette analyse se base sur la volonté psychologique en même temps qu'elle suppose la concordance parfaite entre les deux volontés, que suppose le contrat, comme si les contractants voulaient la même chose et pour le même but. Toutefois, ce n'est pas, en effet, la volonté psychologique qui se trouve habilitée à former le contrat, mais une volonté qui se lie ; sous-entendre la clause *rebus sic stantibus*, dans tous les contrats, c'est délier purement et simplement les contractants de leurs engagements. De même c'est cette dernière volonté seulement et non la volonté psychologique qui peut être commune aux deux parties contractantes. Dans le domaine de la volonté psychologique, il n'est pas déraisonnable de supposer que l'un des contractants a spéculé sur l'éventualité du changement des circonstances (17).

Ne serait-il pas contraire à la nature du contrat, dans une économie libérale, d'admettre cette solution ? Tout contrat de longue durée constitue un acte de prévision économique ; il cherche à réaliser une emprise sur l'avenir, ce qui comporte un aléa dans la mesure où les conditions économiques sont nécessairement soumises à des variations de plus en plus ou moins grande amplitude (18). Comme le remarque

(15) RIPERT, *Le régime démocratique..., op. cit.*, n° 155 ; G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Thèse, Toulouse, 1929 (Paris, Sirey).

Des décisions ultérieures ont adopté la même position, notamment un arrêt de la Chambre civile du 18 janvier 1950, D. 1950.J.227, Gaz. Pal., 1950.1.320.

(16) *Droit civil*, T. II, n° 150, p. 494.

(17) H. Capitant, note sur Paris 21 décembre 1916, D.P., 1917.2.33 ; STOYANOVITCH, Thèse précitée, pp. 43 et s. ; RUSTAN, Thèse précitée, pp. 98 et 179 ; Laure TURMEL, *L'imprévision dans le droit anglais des contrats*, Thèse, Paris, 1954, pp. 55 et s. ; P. VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports du droit privé*, Thèse Nancy, 1922, pp. 130-132.

(18) J. AUVERNY-BENNETOT, *La théorie de l'imprévision, Droit privé, Droit administratif, Droit ouvrier*, Sirey, 1938, p. 183 ; VENIAMIN, *Essai sur les données économiques dans l'obligation civile*, Paris, 1931, p. 373.

Ripert, la règle *rebus sic stantibus* « était (à son origine) dirigée contre le contrat. Coupée de son support moral, ramenée à une interprétation d'une volonté présumée, elle perd toute sa force (19) ».

§ 2. — La limitation du contenu contractuel et les vices du consentement.

240. — Par suite du manque d'un cadre précis et de règles rigoureuses d'application, la même notion fut ramenée sur un nouveau terrain (20). Au lieu de s'attacher à l'étendue de la volonté contractuelle dans le temps, on a songé à l'analyse de son processus interne à travers la notion de vice du consentement. On s'est demandé si le changement de circonstances économiques n'est pas susceptible de révéler l'existence d'une erreur « sur la substance de la chose » objet du contrat qu'auraient commise les contractants (A), ou d'une lésion qui trouve son origine dans un dol, dans une violence ou dans les deux à la fois (B).

A. — L'erreur.

241. — A) Tout d'abord, il est facile de remarquer que la tentative de réduire notre problème à un problème d'erreur substantielle repose sur la même idée que celle dont découle la précédente. Elle suppose que les conditions générales du marché constituent un élément implicite inhérent à tout contrat dont la stabilité jusqu'à l'extinction du contrat est censée avoir été envisagée et voulue par les parties. Elle repose donc sur la même fiction illégitime.

En effet, l'erreur n'est pas un vice du consentement au sens où elle altérerait la volonté dans son processus interne, elle altère tout simplement l'accord des volontés. Ce n'est que dans la mesure où l'accord des volontés a porté sur un élément du contrat qui n'existait pas en réalité ou était différent que l'on se trouve en face d'une erreur. Tant que l'équivalent qui a été voulu au moment de la conclusion du contrat existe, il n'y a pas d'erreur, même si l'un des contractants se représentait autrement les circonstances extérieures (21).

242. — Le rapprochement entre notre problème — le contrôle de la valeur économique de la prestation — et l'erreur ne peut, semble-t-il, être fait que sur le terrain de l'erreur sur la valeur. Dans la conception classique, « les erreurs de calcul économique doivent être supportées par celui qui les a commises, comme un risque des affaires et du crédit (22) ». Toutefois, la jurisprudence a parfois adopté une concep-

(19) *La règle morale, op. cit.*, n° 82.

(20) Popescu (C.M.), *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, 1938, p. 73.

(21) *Sur la discussion du problème*, Pierre Voirin, Thèse précitée, pp. 94 et s. ; Rustan, Thèse précitée, pp. 51 et s.

(22) Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, T. II, n° 102.

tion de l'erreur assez voisine de l'erreur sur la valeur. Dès avant la loi du 29-6-1935 sur la vente des fonds de commerce la jurisprudence permettait de demander la diminution du prix si l'on n'avait pas été exactement renseigné sur le chiffre d'affaires du fonds de commerce en question (23). De même, la Cour de cassation annule, pour erreur, un contrat passé en vue d'un branchement d'électricité dans l'ignorance de la possibilité d'opérer le branchement sur une ligne plus proche (24), l'accord passé sur une indemnité d'accidents du travail en fonction d'un rapport médical dans l'ignorance d'un second rapport constatant une incapacité plus élevée (25), enfin, plus récemment, un bail rural pour erreur sur la « valeur » culturale de la propriété (26).

Cependant, cette conclusion paraît contestable dans la mesure où la qualité substantielle est surtout une question de degré. La jurisprudence accepte de revenir sur un contrat quand il y a doute sur certains éléments objectifs, qui peuvent entrer certes dans le calcul du prix de la chose, mais qui ont par eux-mêmes une existence indépendante de la valeur appréciée en argent (27). De là, dans le dernier arrêt, la Cour de cassation prend soin de relever les constatations des juges du fond relatives aux vices et à l'état de délabrement de la propriété, au défaut de présentation objective des lieux par le bailleur, à ses réticences et même ses manœuvres, et elle constate que le preneur avait passé le bail « au su de son bailleur en raison de la possibilité d'une mise en rapport rapide » (28).

B. — La lésion.

243. — Pour la même raison, se trouve condamné le recours à la lésion comme vice du consentement pour fonder le contrôle de l'économie du contrat (29). Tant que la lésion est envisagée en tant que vice du consentement, ce vice du vouloir contractuel n'est concevable qu'au seul moment de la conclusion du contrat, puisque, de tous les moments de l'opération contractuelle, c'est le seul où s'apprécie la valeur de la volonté. Le vice du consentement n'est pas celui qui atteint la volonté psychologique, mais la volonté juridique. Se contenter de la simple inégalité des prestations échangées n'avance point l'admission de la solution, puisque la lésion doit avoir son germe dans le contrat lui-même, dans une inégalité interne des prestations, tandis qu'ici, on a affaire à un bouleversement survenu du dehors par un événement accidentel.

Au surplus, invoquer le déséquilibre des prestations du contrat

(23) L. Julliot de La Morandière, *L'ordre public*, Cours 1950-1951, pp. 162 et s.
(24) Req. 19-1-1925, S., 1925.1.101.
(25) Civ. 26-1-1913, S. 1913.1.437.
(26) Soc. 4-5-1956, D. 1957.J.313, note Malaurie.
(27) L. Julliot de La Morandière, *Cours* 1950-1951, *op. cit.*, p. 161.
(28) Farjat, *op. cit.*, n°s 215 et s.
(29) J. Radouant, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Thèse, 1920, pp. 9 et 316 ; P. Voirin, Thèse précitée, pp. 70 et s. ; Ripert, *La règle morale*, *op. cit.*, n° 81 ; Carbonnier, *Droit civil*, T. II, *op. cit.*, n° 150.

conclu et comparer ce défaut d'équivalence à la lésion, c'est s'exposer à la condamnation des textes qui écartent la lésion comme cause de nullité du contrat (30).

Ainsi, le législateur français, lorsqu'il veut porter remède à un déséquilibre trop criant, est obligé de créer, sur la tête de la victime éventuelle de la lésion un droit nouveau, différent de celui du contractant en tant que tel.

244. — Toutefois, il est intéressant d'évoquer la jurisprudence relative aux promesses unilatérales de vente. La jurisprudence se plaçait fréquemment au jour de la promesse pour évaluer la lésion. Mais à partir de 1920, la jurisprudence va cependant s'orienter en sens contraire en précisant qu'on ne saurait apprécier la lésion qu'au moment où la vente est parfaite, c'est-à-dire lors de l'acceptation. La Cour de cassation a consacré la nouvelle solution à plusieurs reprises (31). C'était par là même faire entrer en ligne de compte, pour apprécier la lésion, les effets de l'imprévision.

Pourtant, la solution est contestée, dans la mesure où on reconnaît que la promesse de vente n'est pas une vente sous condition, le consentement de l'acheteur faisant défaut, mais « un avant contrat » ou « une promesse de contrat ». Dans cette qualification, la vente n'existe que lors de la levée d'option. C'est donc à ce moment que doit être appréciée la lésion (32).

245. — La volonté contractuelle répugne à l'admission de l'imprévision. L'analyse de cette volonté dans sa relation avec le monde extérieur, comme l'analyse de son processus interne, ne permet pas d'absorber cette notion dans la technique contractuelle. Si, dans tous les pays du monde, le contrat est un accord de volontés, il s'agit d'une volonté qui s'oblige et non pas de la volonté psychologique par la diversité de ses tendances, par le foisonnement de ses désirs et par l'instabilité de ses résolutions. Celle-ci est en dehors de la technique contractuelle.

Peut-on espérer un autre sort au problème si on le transporte sur le terrain de l'exécution du contrat et non celui de sa formation ?

(30) On a songé aux diverses formes de lésion pour remédier à l'injustice qui résulte, pour les associés ou les actionnaires, de l'évaluation de leurs droits à un chiffre forfaitaire dans le contrat de société.

Sans doute, il n'était pas question d'invoquer le cas de la lésion dans les ventes d'immeubles, mais la lésion dans le partage et la clause léonine paraissaient utilisables. En outre, on a tenté d'alléguer la notion du contrat de bonne foi pour faire admettre, dans ce domaine, l'idée de « juste prix ». Sur la discussion de toutes ces idées et leur échec, cf. André Decocq, *Influence de la dépréciation monétaire sur le droit commercial et le droit fiscal des affaires*, n^{os} 20-23, *in* « Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée », *op. cit.*

(31) Voir notamment, M. A. Pérot-Morel, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Paris, 1961, pp. 61 et s., et les décisions citées. La solution a été consacrée par la loi du 28-11-1949 modifiant l'article 1675 du Code civil français.

(32) *Ibid.*

Sous-Section 2

LA LIMITATION DU CONTENU CONTRACTUEL AUX PREVISIONS DES PARTIES. RECHERCHE DANS L'EXECUTION DU CONTRAT

246. — Sur le plan de la conclusion du contrat, la notion de prévision était posée en termes d'activités tournées vers l'avenir. Quant à la même notion mise en termes d'activités tournées vers le passé, la doctrine classique lui attribue une certaine fonction dans la théorie de la force majeure.

Cependant toutes les tentatives faites en vue de rapprocher la limitation du contenu contractuel de la force majeure ont échoué. En effet, la limitation du contenu du contrat soulève une question d'équilibre de prestations qui est tout à fait distincte du problème de la responsabilité que soulève la force majeure (§ 1).

Toutefois, la distinction entre le problème de la limitation du contenu du contrat et celui de la force majeure ouvre la voie vers la recherche d'une base à cette limitation inspirée cette fois non pas des circonstances de la conclusion du contrat, mais de celles de son exécution : la cause partielle, la bonne foi et l'équité ou l'abus du droit (§ 2).

§ 1. — La limitation du contenu contractuel et la force majeure.

247. — Puisque le contrat a force obligatoire, le créancier de l'obligation inexécutée dispose d'une action en justice afin de contraindre le débiteur à exécuter sa promesse. Or, une fois que cette exécution directe devient impossible, le créancier a comme remplacement de cette exécution une action en dommages-intérêts, une action en responsabilité. Pour condamner à des dommages-intérêts, il faut que l'inexécution du contrat soit fautive. Or, il n'en est pas ainsi chaque fois que l'inexécution est due non pas à la faute du débiteur mais à la force majeure.

La fonction de la force majeure est donc de déterminer à quelles conditions est exonéré le débiteur qui n'a pas atteint le résultat promis (33). La théorie de l'imprévision peut-elle se glisser dans la technique contractuelle sous le couvert de la force majeure ?

M. le Professeur Tunc (34) révèle deux courants qui disputent la notion de force majeure depuis le droit romain jusqu'à nos jours. Un courant de plus en plus faible dans l'ancien Droit, mais qui, après

(33) A. Tunc, *Force majeure et absence de faute*, R.T.D.C., 1945, pp. 235 et s.
(34) R.T.D.C., 1945, *loc. cit.*

le code et à la suite de certaines déclarations émises lors de sa discussion, devient plus important, quoique superficiel, la conçoit comme une impossibilité imprévisible et irrésistible (A). L'autre courant, qui prend de plus en plus d'importance dans l'ancien Droit et qui subsiste très largement en profondeur du moins après le Code Napoléon, néglige ces caractères, pour faire simplement de la force majeure l'obstacle que le débiteur n'avait pas à surmonter (B).

A. — La force majeure, événement imprévisible et irrésistible.

248. — Dans le premier courant, il faut, pour libérer le débiteur totalement ou partiellement de l'exécution de son obligation, la survenance d'un événement imprévisible et irrésistible qui rend cette exécution impossible. Tant qu'il s'agit, par hypothèse, dans la doctrine de l'imprévision, d'un événement imprévisible, il suffit pour couvrir cet événement par la force majeure, de démontrer son irrésistibilité. Tout l'effort s'est orienté vers cette démonstration. On s'est efforcé d'impliquer dans la notion d'irrésistibilité non pas seulement l'impossibilité matérielle, mais aussi ce qu'on a signalé « l'impossibilité économique ». « L'impossibilité économique » consiste dans l'alourdissement de l'obligation du débiteur causé par des circonstances imprévues et dépassant la mesure des sacrifices imputables au débiteur. On ne s'attache plus à l'impossibilité en soi, mais en fonction de la diligence que doit le débiteur (35).

249. — La jurisprudence, tant en France qu'en Egypte, ne s'est pas laissée séduire par le chemin qu'on lui proposait. Il s'agit pour elle dans la force majeure, a-t-on dit, d'une impossibilité absolue et non pas d'une simple impossibilité relative baptisée impossibilité, économique. Et, pour appuyer cette jurisprudence, la doctrine dominante invoque, à côté des difficultés que soulève l'application de la notion d'impossibilité économique dans le domaine du droit, qu'il est difficile d'admettre que le débiteur, en s'engageant, n'ait promis qu'une certaine mesure d'efforts, au-delà de laquelle il devait être libéré. En admettant qu'il l'ait voulu, il resterait à prouver que le créancier l'a accepté, où il serait impossible de parler de volonté contractuelle. Le créancier stipule un certain résultat sans s'inquiéter des moyens par lesquels le débiteur parviendra à le lui fournir.

250. — Quoique, dans l'imprévision comme dans la force majeure, il s'agisse d'un événement imprévisible, le fossé entre les deux reste infranchissable. La force majeure exige que l'événement soit irrésistible, tandis que l'imprévision se contente de la difficulté de résister (37).

(35) J. Radouant, *op. cit.*, pp. 91 et s.
(36) *Idem*, p. 96 ; Ripert, *La règle morale...*, *op. cit.*, n° 82.
(37) J. Auverny-Bennetot, Thèse précitée, p. 38.

Or, comme rien n'est irrésistible ni imprévisible dans l'absolu, il est permis de se demander quels événements la jurisprudence considère comme irrésistibles et imprévisibles et quels sont les événements qu'elle ne considère pas comme tels. Ici, les juristes qui ont étudié la jurisprudence nous révèlent leur embarras. Certains arrêts exigent vraiment l'irrésistibilité et l'imprévisibilité et arrivent à condamner le débiteur contre toute justice. D'autres, en nombre de plus en plus grand, déclarent, contre toute évidence, tel ou tel fait irrésistible et imprévisible, pour exonérer un débiteur qu'ils jugent exempt de tout reproche (38).

Mais, s'il en est ainsi, à quoi bon garder l'irrésistibilité et l'imprévisibilité comme critère de la force majeure ? Et comment le fossé entre la force majeure et l'imprévision dans la jurisprudence reste-t-il infranchissable ? De là le réalisme du deuxième courant dans la définition de la force majeure.

B. — La force majeure, notion complémentaire de celle du contenu de l'obligation.

251. — MM. les Professeurs Mazeaud et Tunc se sont insurgés contre la conception classique de la force majeure. Ils ont commencé par établir « que le contenu de l'obligation et la force majeure sont deux notions complémentaires, ou en d'autres termes que faute et force majeure sont les deux branches de l'alternative qui se présente au cas où le créancier n'obtient pas, dans les obligations déterminées, le résultat souhaité par les parties » (39). Chaque fois que le résultat voulu par les parties n'est pas atteint, l'échec ne peut s'expliquer que par un manquement du débiteur à ses obligations ou par une cause étrangère qui ne peut lui être imputée. C'est cela qui explique la coexistence des articles 1137 et 1147 du Code civil français.

La force majeure apparaît à la limite de l'obligation. Il faut donc les ajuster l'une à l'autre en partageant entre elles la diligence nécessaire à la résiliation du résultat voulu. A quel niveau se fait ce partage ?

Selon MM. Mazeaud et Tunc, considérer la force majeure comme un fait toujours imprévisible et irrésistible dans chaque espèce suppose qu'on hausse la diligence du bon père de famille (critère de l'obligation) dans tous les cas jusqu'aux limites de l'imprévisible et de l'irrésistible, c'est-à-dire jusqu'à la force majeure dans son acception traditionnelle. Or, cette conception méconnaît l'article 1137/1 du Code civil français. Elle méconnaît aussi les variations du contenu de la

(38) J. Radouant, Thèse précitée, pp. 155 et s. ; Stoyanovitch, Thèse précitée, p. 158 ; Mazeaud et Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, 5e éd., T. 2, n° 1569 et n° 1577, et les arrêts dans les notes de ces deux numéros ; Tunc, R.T.D.C., *loc. cit.*

(39) Mazeaud et Tunc, *Traité, op. cit.*, T. 1, nos 664 et s., et T. 2, n° 1568-2 ; Tunc, R.T.D.C., 1945, *loc. cit.*

diligence imposée au débiteur, soit par la loi (art. 1137/2 et les articles auxquels elle renvoie), soit par la convention expresse ou tacite des parties.

Force est donc de rechercher directement quelle devait être et quelle fut effectivement la diligence du débiteur. Si le débiteur a fait ce qu'il devait, il doit être exonéré : il y a force majeure. S'il ne l'a pas atteint, il est en faute.

La force majeure n'est donc pas dans tous les cas un événement irrésistible et imprévisible. C'est simplement le nom que l'on donne à l'événement qui a empêché le créancier d'obtenir le résultat recherché bien que le débiteur y ait appliqué la diligence due.

252. — Il est utile de rapprocher de cette doctrine l'attitude des juges anglais en la matière. Ceux-ci ont toujours insisté sur la notion d'objet spécifique, de source spécifique, de l'époque de l'exécution, en tant qu'éléments essentiels des contrats, du moins en matière commerciale, pour apprécier l'impossibilité de l'exécution (40).

Ainsi, « la condition de l'imprévision des événements survenus peut n'être pas exigée » (41). Dans l'affaire Bank Line, la « frustration » fut admise alors que les parties avaient prévu et même expressément la possibilité d'une réquisition du navire affrété (42). Et Corbin conclut : « These phrases too (vis major or force majeure) serve no useful purpose as a test of responsability, although they are catchwords that may occasionally be convenient to describe the facts that lead a court to decide in favor of the promisor... » (43).

253. — Cette conclusion explique suffisamment, nous semble-t-il, le fait que le débiteur puisse prendre à sa charge la force majeure. Il s'agit tout simplement de l'étendue volontaire de l'obligation. « A contrat may be so expressed as to indicate that the promisor assumes the risk of his own inability to perform — an interpretation that is commonly given to all contractual promises, or even assumes the risk that the performance will become objectively impossible — an interpretation the effects to which is to make the promisor's one of indemnity » (44).

254. — On peut donc définir la force majeure comme « toute force qui s'est opposée à l'activité et à la prudence du débiteur et qui, pour être vaincue, aurait requis de celui-ci un degré de diligence supérieur à celui qu'imposait le contrat » (45). Or, la force majeure, ainsi dépourvue de ces caractères traditionnels — surtout de l'irrésistibilité qui s'opposait dans la doctrine classique à l'admission de ce

(40) Laure TURMEL, Thèse précitée, Paris, 1954, notamment pp. 179 et s.
(41) *Idem*, pp. 76 et s.
(42) *Ibid.*
(43) *Corbin on contrats*, vol. 6, 1951, § 1324.
(44) *Idem*, § 1327.
(45) A. TUNC, *loc. cit.*

qu'on a appelé l'impossibilité économique — et ramenée à un problème du contenu de l'obligation, n'absorbe-t-elle pas l'impossibilité économique ? Les deux notions ne se confondent-elles pas ? Nous allons voir qu'il n'en est pas ainsi.

255. — Dans la force majeure, il s'agit de déterminer quelle diligence imposait l'exécution du contrat, tandis que, dans la seconde, « le principe même de l'obligation est en jeu... ; il s'agit de savoir si l'obligation survit ou si elle est éteinte » (46). S'il s'agit ici de force majeure, c'est une notion de force majeure tout à fait différente de celle qui exclut la faute et la responsabilité (47). Cette dernière est à la limite de l'obligation, tandis que la première concerne la force obligatoire de l'obligation dans le temps en dépit des modifications du milieu économique. Plus précisément l'obligation peut être définie, soit en termes de diligence tournée vers l'avenir, soit en termes d'équilibre entre les prestations ou en termes de valeur économique. La force majeure se rattache au premier aspect : elle est l'événement qui a empêché la réalisation du résultat voulu malgré la diligence du débiteur. L'imprévisibilité se rattache au second aspect et désigne le bouleversement de la valeur économique de la prestation par rapport à la prestation correspondante, c'est-à-dire par rapport aux prix sur le marché.

Dans ladite théorie de l'imprévision, il s'agit de l'équilibre objectif entre les prestations promises et non pas de l'impossibilité d'atteindre le résultat voulu. La différence entre les deux notions apparaît nettement à travers l'évolution de la jurisprudence allemande concernant l'adaptation judiciaire du contenu contractuel aux circonstances économiques (48). L'effort de cette jurisprudence a tout d'abord consisté à étendre le concept de la force majeure en dehors des limites légales et à forger la notion de l'impossibilité économique. Pourtant, elle s'est aperçue que ces circonstances n'entraînent pas, à vrai dire, une impossibilité d'exécution, mais une destruction du rapport d'équivalence entre les prestations. Cette compréhension de la nature exacte du problème l'a amené à chercher le rétablissement de l'équivalence dans les fonds objectifs de cette équivalence en droit allemand. Ainsi, elle a substitué la bonne foi du droit allemand à l'impossibilité économique « comme fondement de ses solutions » (49).

(46) MAZEAUD et TUNC, *Traité, op. cit.*, n° 668.

(47) Pour un exemple de la confusion entre les deux notions, voir SZLADITS, *La révision du contrat par le juge en Hongrie*, Semaine internationale de Droit, Paris, 1937.

(48) V. *idem : l'auteur distingue l'impossibilité économique de la dévaluation monétaire.*

(49) Alfred RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, 1961, n°s 531-533.

§ 2. — La limitation du contenu contractuel et la situation juridique créée par le contrat.

256. — Certes, il ne suffit pas de distinguer la notion de l'imprévision de celle de la force majeure pour conclure que la technique contractuelle répugne à tout infléchissement de la volonté contractuelle. Diverses tentatives ont été faites pour trouver un fondement à l'équivalence matérielle dans le contrat en droit français, non pas cette fois sur le plan de la conclusion du contrat, mais sur celui de son exécution.

Une tendance à objectiver certaines notions directrices de l'exécution du contrat, pour y trouver un appui, s'est dessinée dans la doctrine. L'obligation du débiteur est souvent le centre de la recherche (A). D'autres fois, c'est le droit du créancier (B). Parfois enfin c'est le pouvoir créateur du juge lui-même qui est pris en considération (C).

A. — L'organisation du contenu contractuel et la portée des obligations.

257. — *a*) La cause a servi comme une première approche. On a dit que l'obligation dont la contre-obligation se trouve bouleversée par les circonstances économiques serait, au moins partiellement, sans cause, comme si son débiteur n'avait effectué qu'un paiement partiel (50).

On a objecté à ce raisonnement que la technique contractuelle française ne connaît pas la cause partielle. Elle ne connaît que la cause inexistante (51). La lésion n'est admise comme cause de nullité du contrat que dans des cas bien limités. Il ne sert à rien de répondre que la disproportion qui existait dès la formation du contrat n'est pas un obstacle dans notre cas, et que « quand le déséquilibre se produit au moment de l'exécution, en même temps qu'objectivement l'obligation d'une des parties devient sans cause, ou tout au moins sans cause efficace. Le contrat ne correspond plus à la volonté des parties » (52). On a vu combien pèse cet argument de la volonté des parties (53).

En effet, comme nous l'avons vu (54), la cause n'est qu'une notion fonctionnelle qui reflète tous les éléments tant subjectifs qu'objectifs du contrat. Elle ne sert à rien tant que les solutions qu'on cherche à faire prévaloir ne sont pas consacrées par la volonté contractuelle ou par le droit objectif.

(50) J. Noirel, *loc. cit.*, n° 18.
(51) J. Auverny-Bennetot, Thèse précitée, p. 25.
(52) *Ibid.*
(53) V. *supra*, n°s 237 et s.
(54) V. *supra*, n°s 137 et s.

258. — Pourtant, l'existence de la contrepartie fait une partie objective du contrat. Or, « c'est un fait qu'à partir d'un certain point de disproportion, le contrat n'est plus équilibré, une des obligations n'a plus de cause. Où mettre la différence entre le prix dérisoire et le prix trop faible ? » (55).

Il y a une solution dans la jurisprudence qui se rattache à cette préoccupation, mais qui n'a pas d'ailleurs réussi à triompher. Le législateur français a taxé les loyers expressément plus ou moins au dessous de leur valeur réelle, tandis qu'il s'est abstenu de modifier les règles du Code civil (art. 1719 et 1720) imposant au bailleur l'entretien des lieux loués et leur réparation (56), alors que cette obligation est devenu excessivement onéreuse dans les conditions économiques actuelles.

Mais un certain nombre de tribunaux ont tenté de limiter l'obligation du propriétaire au montant du revenu qu'il retire de son immeuble en s'inspirant de la notion de cause (57).

La Cour de cassation n'a pas entériné la thèse. Elle a décidé que l'obligation du bailleur subsistait dans son intégrité (58).

Pourtant, le juge est arrivé à trouver un palliatif, sans contredire ouvertement la loi, en invoquant les termes de l'article 1722 du Code civil français qui prévoit qu'en cas de destruction partielle de l'immeuble, le locataire ne peut exiger la remise en état des lieux loués, et en assimilant les grosses réparations à la perte partielle de l'immeuble. Selon cet article, seule une demande en résiliation de bail ou en diminution du loyer est recevable (59). Et la Cour de cassation ne semble pas condamner cette solution (60).

259. — Pour tourner l'obstacle à l'admission de la cause partielle, certains se sont placés sur le terrain de l'enrichissement sans cause. Pour ceux-ci, l'exécution du contrat bouleversé enrichit le débiteur sans cause (61).

Sans doute, les deux notions d'imprévision et d'enrichissement sans cause sont inspirées par le même sentiment d'équité. Mais tandis que, dans l'imprévision, on cherche à limiter aux circonstances prévisibles

(55) CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, T. 2, n° 114.

(56) La question ne se posait pas en Egypte sous l'ancien Code civil. Ce code n'imposait pas au bailleur de telles obligations. Cf. sur la question, Abd Elfattah Abd ELBAKI, *Le contrat de bail*, T. 1, p. 190, note 2.

(57) Notamment, Trib. civ. Lille, 2-12-1949, D., 1950.J.566, note Savatier ; Trib. civ. du Havre, 10-11-1949, D., 1950.J.52.

(58) Soc. 20-2-1953, D., 1953.J.306 ; 10-6-1954, D., 1954.J.591 ; 15-10-1953, D., 1954.J.43.

(59) A. TUNC, *Immeuble de rapport ou immeuble à charge ?* J.C.P., 1953.1. 1069 ; Obs. Carbonnier, R.T.D.C., 1959, p. 556, et les décisions citées.

(60) Soc., 20-2-1953, J.C.P., 1953.II.7540, note A. Tunc. Pour l'adoption de la même solution par le nouveau Code civil égyptien, M. M. MANSOUR, *Les contrats nommés*, Cours, 1956-1957, notamment, pp. 446-452 et note 1, p. 451.

(61) Comp. ZAKZAS, Thèse précitée, n°s 90-103.

la force obligatoire d'une obligation contractuelle préexistante, il s'agit, dans l'enrichissement sans cause, de préciser les conditions d'une répétition éventuelle de cette obligation (62). La cause invoquée dans le dernier cas, c'est la cause efficiente. Or, dans l'imprévision, l'enrichissement a sa cause dans le contrat lui-même (63).

260. — *b*) Une autre approche se sert des notions de bonne foi et d'équité.

S'inspirant de la jurisprudence allemande, la doctrine française a essayé de détacher la « bonne foi » requise par l'article 1134/3 de l'intention des parties pour en faire une notion objective qui fonde l'imprévision.

Or, cet alinéa de l'article 1134 n'est que le développement du principe formulé par son alinéa premier. L'article tout entier est dominé par cette règle que le contractant doit exécuter l'engagement qu'il a pris (64). La « bonne foi » de l'article 1134/3 se rattache à l'intention des parties telle qu'elle s'est manifestée au moment de la conclusion du contrat (65). Fonder sur elle une théorie de l'imprévision nous amène à un terrain déjà exploré, celui de l'analyse de la volonté contractuelle (66).

Admettons, avec Niboyet, que la notion de « bonne foi » est invariable au fond (67). Mais il reste que son rôle diffère en fonction de la base même du contrat. La bonne foi canonique a pour but d'assurer la réalisation de la justice commutative dans tous les contrats. Le Code civil français n'a pas eu cette préoccupation, parce que la recherche de l'équilibre contractuel lui paraît menacer la sécurité des conventions (68).

261. — Dans le même ordre d'idées « l'équité » dont parle l'article 1135 a été invoquée. Or, l'article 1135 du Code civil français, qui consacre l'équité, envisage le cas où les parties n'ont pas prévu, dans des clauses formelles, les conséquences du contrat qu'ils ont passé. L'équité n'intervient donc que pour déterminer les conséquences de la convention et non pas pour limiter sa force obligatoire (69). Il faut discerner, comme le dit Stoyanovitch (70), l'équité de l'idée d'équité, « l'équité est le synonyme de Droit positif. L'idée d'équité est le synonyme de l'idée de Droit qui se dégage de l'examen et de

(62) A. Bruzin, Thèse précitée, p. 326.
(63) Noirel, *loc. cit.*, n° 21.
(64) A. Reig, *op. cit.*, n° 526 ; H. Capitant, D. 1917, *loc. cit.*,
(65) H. Capitant, D. 1917, *loc. cit.* ; Stoyanovitch, Thèse précitée, p. 427 ; Radouant, Thèse précitée, p. 59 ; Popesco, Thèse précitée, p. 59, A. Bruzin, Thèse précitée, p. 9 ; P. Voirin, Thèse précitée, pp. 62 et s.
(66) J. Auverny-Bennotot, Thèse précitée, p. 9 ; v. *supra*, n°s 363 et s.
(67) *La révision du contrat par le juge*, Semaine internationale de Droit, 1937, Rapport général.
(68) Rustan, Thèse précitée, p. 182.
(69) Ripert, *Le régime démocratique, op. cit.*, n°s 119 et s.
(70) Thèse précitée, p. 422.

l'étude des faits qui précèdent l'élaboration d'une règle juridique quelconque ».

262. — Ainsi, les deux notions de bonne foi et d'équité sont, pour ainsi dire, antérieures à la force obligatoire du contrat dont elles assouplissent le mécanisme sans en modifier l'étendue.

Envisager le contrat comme créateur des obligations aboutit donc toujours au rejet de l'imprévision. En va-t-il de même si on l'envisage en tant que générateur des droits ?

B. — *L'organisation du contenu contractuel et la portée des droits.*

264. — Le contrat privé joue, entre les parties, le rôle d'une loi (article 1134 Code civil français). Or, la loi dans l'idéologie révolutionnaire, qui d'ailleurs restera à la base du droit français, ne crée pas des obligations. Elle vise essentiellement, dit-on, à répartir des droits qui préexistent, pour que la liberté de chacun puisse se concilier avec la liberté de tous. Assimiler le contrat à la loi, c'est dire qu'il engendre directement des droits qui s'imposent aux parties.

A l'heure actuelle, beaucoup de juristes refusent d'admettre l'absolutisme des droits individuels. Il n'y a pas, dit-on, de droits absolus ; tous les droits sont nécessairement relatifs.

Dans sa première forme, l'idée visait seulement à condamner celui qui mésuse de son droit en agissant contrairement à la loi ou en commettant une faute dans l'exercice de ses droits individuels. L'idée a été glissée pour empêcher l'exercice des droits individuels, même légitimes, lorsque cet exercice paraît contraire à l'intérêt général : il faut juger l'acte d'après ses résultats ou tout au moins d'après les résultats qu'on voulait atteindre de lui (71). Les droits issus des conventions, a écrit Josserand, « ne sont point des attributs discriminatoires, mais des prérogatives causées... des droits limités dans leurs réalisations comme dans leur contenu... » (72).

264. — Ne peut-on alléguer la théorie de l'abus des droits ou de leur relativité comme base de l'imprévision ? Ne peut-on dire que le créancier qui demande l'exécution intégrale de son droit, ou le débiteur qui prétend satisfaire son créancier par la somme numérique qu'il a promise en dépit d'une modification des circonstances économiques, abuse de son droit ?

D'abord, il faut signaler que la notion de l'abus du droit est une notion contradictoire.

Celui qui demande l'exécution intégrale de son droit comme il est déterminé par le contrat ou celui qui prétend satisfaire son créancier selon ce contrat, ne fait que demander ce qui lui est dû

(71) *Ibid.*
(72) *De l'esprit des droits,* n°s 268 et s.

et dans son contenu et dans son but. Le droit subjectif du créancier qui naît du contrat est défini dans son étendue par le titre qui lui donne naissance. Le créancier qui épuise les prérogatives de son droit n'agit pas contrairement à l'intérêt général, alors que la loi, en validant le contrat, reconnaît le caractère licite de l'acquisition du droit (73). Ce que cherchent les tenants de l'imprévision, ce n'est donc pas la nature des droits, mais au contraire la limitation du droit du créancier ou l'obligation du débiteur d'une façon autre que celle de l'accord initial des volontés contractuelles (74).

En effet, tant qu'existe le droit subjectif, il est difficile de concevoir qu'on puisse, sans une intervention du législateur, désarmer le créancier de certaines de ses prérogatives qu'il tient en vertu du contrat même.

En conséquence, beaucoup voient dans la négation du droit subjectif le procédé technique qui permettrait de construire la société avec une organisation économique nouvelle. « Aux droits individuels et perpétuels se substituent les droits collectifs et temporaires (75). » Le contrat n'est, comme le dit Kelsen, « qu'un acte de participation à la volonté étatique (76) ». Le droit subjectif est le souvenir d'une époque où la doctrine individualiste était élevée comme une résistance à la force étatique.

Néanmoins, si l'on peut comprendre l'hostilité à la liberté des contrats sur le terrain de la politique juridique, « l'idée de nier, sur le terrain de la technique juridique, la possibilité d'un droit contractuel fondé sur l'autonomie de la volonté, représente une position indéfendable : c'est le droit actuel, tel qu'il résulte de l'article 1134 du Code civil, c'est-à-dire tel qu'il fonctionne depuis plus d'un siècle (77) ». Il ne suffit pas de qualifier le droit subjectif de situation juridique pour supprimer l'initiative privée.

C. — L'organisation du contenu contractuel et le pouvoir créateur du juge.

265. — La volonté contractuelle dans le système français s'oppose aux solutions comme celles qu'on présente sous le nom d'imprévision. Evidemment, comme il tend vers la réalisation d'un résultat de fait, le contrat doit s'adapter aux circonstances de cette réalisation. Mais

(73) Ripert, *Le régime démocratique... op. cit.*, n° 157. « Il est bien évident que le créancier a intérêt à l'exécution de la prestation en nature qui lui est due, et même doublement, puisqu'il l'obtient pour un prix dérisoire. En outre, il ne cherche pas à nuire à autrui, il profite simplement de circonstances favorables... » (Noirel, *loc. cit.*, n° 21).

(74) A. Bruzin, Thèse précitée, p. 324 ; Stoyanovitch, Thèse précitée, p. 448 ; Szladits, *loc. cit.* ; P. Voirin, Thèse précitée, pp. 113 et s. Cf. Ripert, *La règle morale, op. cit.*, n°s 86 et 87 ; A. Reig, *op. cit.*, n° 526.

(75) Emmanuel Lévy, *La vision socialiste du droit*, 1926, p. 132.

(76) Cité par Ripert, *Le régime démocratique... op. cit.*, n° 125.

(77) P. Roubier, *op. cit.*, n° 11.

l'adaptation doit être le développement des volontés contractuelles et non pas leur négation. Ni la force majeure ni le contenu du *vinculum juris* que crée le contrat ne permettent une telle négation.

Certes, de telles solutions paraissent plus ou moins conformes à l'idée de justice et d'équité. Mais la spécifité des techniques juridiques semble interdire de les adapter à des buts qui ne sont pas les leurs. Le contrat ou la loi ont spécialement organisé des rapports juridiques en vue d'un but déterminé que cette organisation exprime adéquatement. On ne peut utiliser cette dernière à d'autres fins (78).

Des travaux consacrés à ce sujet ont admis la fragilité des fondements proposés jusqu'ici pour l'admission de la théorie, mais ils proposent de ramener la question sur le terrain de « la libre recherche scientifique ». « Il ne s'agit ni de réparer une erreur, ni d'interpréter une volonté, mais seulement de déterminer les suites d'un rapport synallagmatique en face de circonstances non prévues. C'est une adaptation de volonté qui s'opérera non d'après une volonté présumée, mais *en fonction du contenu objectif nouveau de la règle de droit* », a dit M. Voirin (79). « Le juge sera autorisé à adapter le contrat aux nouvelles *circonstances en vertu d'une règle juridique toute neuve qu'il introduira dans le droit positif...* », explique M. Stoyanovitch (80). Ce que préconisent ces auteurs n'est pas autre chose que le procédé de « distingushing », familier au juge anglais.

266. — Ce procédé n'est peut-être pas utilisable en droit français. Celui-ci garde bien la distinction entre la politique juridique et le droit positif. A y regarder de plus près, on s'aperçoit qu'on n'admet l'existence d'une lacune que lorsqu'on considère le défaut du droit en vigueur comme regrettable du point de vue de la politique juridique, et qu'en conséquence on repousse l'idée d'appliquer ce droit, alors que cette application serait logiquement tout à fait possible et ne se heurterait qu'à ce motif de politique juridique (81). Pour notre problème, il n'y a pas de lacune sur le plan du droit positif. Il y a tout simplement des conséquences regrettables de ce droit du point de vue de la politique juridique.

Quoiqu'il en soit, ce raisonnement ne change en rien la position du problème. Il reste toujours que « la technique du contrat..., sa qualification de base même » s'opposent à l'imprévision (82).

C'est au législateur, enfin, qu'il appartient de réaliser l'adaptation nécessaire du contrat aux circonstances économiques. Peut-on lui conseiller, comme technique d'adaptation, ladite théorie de l'imprévision ?

(78) J. Patarin, *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*, Paris, 1952, p. 222.
(79) Thèse précitée, pp. 135 et s.
(80) Thèse précitée, p. 412.
(81) Cf. H. Kelsen, *op. cit.*, pp. 329 et s.
(82) J.P. Niboyet, *loc. cit.*

Sous-section III

LA NOTION D'IMPREVISION. REACTION DE LA DOCTRINE LIBERALE

267. — Evénements imprévisibles et événements prévisibles : la ligne de démarcation entre le pouvoir de la volonté et celui conféré au juge par le législateur se déduit de cette distinction. Ce qui est prévisible par l'homme, sa volonté a toute liberté de le régler. Ce qui ne l'est pas, la volonté n'a pas la capacité de le régler ; il appartient au juge de le faire.

On ne peut pas s'empêcher d'avoir l'impression que le critère de cette distinction tente de nous convaincre qu'il n'y a pas, dans ce pouvoir conféré au juge, un empiètement sur l'autonomie de la volonté et de son pouvoir créateur : on est en dehors du cercle naturel de son rayonnement. On ne peut qu'avoir le sentiment que ce critère repose sur le caractère exceptionnel et passager des circonstances écoomiques auxquelles on cherche l'adaptation du contrat. S'agit-il, en fait, de ce respect absolu de la volonté et de cette nature des circonstances ? La notion de l'imprévision nous paraît le reflet du principe de l'autonomie de la volonté (§ 1), et d'une vision imparfaite de la nature de l'instabilité des économies modernes (§ 2).

§ 1. — L'imprévision et l'autonomie de la volonté.

268. — Le principe de l'autonomie de la volonté pesait lourdement sur la doctrine traditionnelle (83). Bien sûr, il semble que la volonté bilatérale est l'instrument indispensable, voire même naturel de l'échange dans toute société basée sur la division du travail. Mais cette volonté puise sa force, voire la base même de ses initiatives, dans l'organisation objective de l'économie dans une société déterminée.

Or, de l'organisation libérale qui correspondait et s'adaptait à l'économie de la fin du XVIII[e] et du XIX[e] siècle, on a déduit la toute puissance de la volonté. Certes, la volonté devait, dans cette organisation, se heurter avec le droit objectif quoiqu'il n'exerçait son pouvoir dans ce domaine que d'une façon fragmentaire, mais celui-ci n'était du reste considéré que comme un cadre « sanitaire » à l'œuvre de la volonté. Il n'avait de rôle actif que là où la volonté n'avait pas joué, n'avait pas déterminé la sphère du « mien » et du « tien ». Tant que la volonté crée des normes individuelles, des

(83) Voir *supra*, n[os] 110 et s.

droits et des obligations, en un mot des effets de droit, le droit n'a pas de rôle actif sur le contenu de ces normes, de ces droits et obligations, de ces effets. Son rôle est purement négatif : la détermination du cercle dans lequel la volonté est maîtresse. « Toute l'activité juridique, dit M. Hébraud, tendait à se répartir entre deux pôles, l'un subjectif, l'autre objectif, de valeur égale, et à peu près sans relations entre eux (84) ».

269. — Ainsi, pour soustraire le débiteur à la loi contractuelle, jugée trop injuste en l'occurrence, le Conseil d'Etat français a voulu imaginer une situation extracontractuelle succédant la situation contractuelle. Et la notion a trouvé droit de cité chez les juristes civilistes et chez quelques législateurs modernes ; parmi eux, le législateur égyptien. C'est ainsi que l'influence de l'autonomie de la volonté a imposé l'idée et le mot d' « imprévision (85) ». « L'imprévision n'est donc, comme il arrive souvent, que la volonté de résoudre un phénomène nouveau par des techniques anciennes. »

270. — Nous avons déjà relevé le caractère idéologique de l'autonomie de la volonté. On a vu comment cette puissance de la volonté n'est que la projection d'un certain type de l'organisation économique qui répondait aux exigences économiques de son temps. On a vu aussi les traits d'un autre type d'organisation économique qui se dessine sous nos yeux, dans lequel la loi se charge de la réalisation des impératifs de la vie économique : la justice et l'équilibre (86).

On a tenté, en Allemagne, de donner à l'imprévision une base objective avec la doctrine du « fondement contractuel (87) ». Pour Oërtmann, les contractants présupposent toujours une multitude de circonstances qu'ils jugent durables ; ils ne concluraient pas les contrats, s'ils comptaient avec leur changement ou disparition, à moins de les ériger en condition. Pour lui, contrairement aux simples motifs individuels des parties, il ne s'agit pas ici des « raisons subjectives déterminantes de leur volonté, mais des éléments qui représentent le fondement de l'acte en tant que tel » : l'équivalence des prestations dans le contrat synallagmatique, la constance des prix, la possibilité de se procurer une marchandise, etc. Mais ces éléments représentatifs du fondement de l'acte ne sont, en effet, que les motifs des parties, auxquels il dénie lui-même le pouvoir de constituer le « fondement contractuel ».

Pour M. Larenz, il ne s'agit pas dans l'imprévision de circonstances qui font l'objet d'une représentation des parties, mais « de tous les événements dont l'existence ou la persistance était à présup-

(84) Article précité.
(85) G. Ripert, *La règle morale, op. cit.*, n° 84.
(86) Voir *supra*, n°s 169 et s.
(87) Nous ne faisons à ce propos, que résumer ce qu'a écrit A. Rieg, *op. cit.*, n°s 534 et 535.

poser lors de la conclusion du contrat d'après son contenu, son but et sa signification économique, peu importe que les parties y aient songé ou non : il s'agit des événements qui seuls permettent de considérer le contrat comme pourvu de sens et comme un moyen d'agencement utile et adapté aux principes de l'ordre du peuple ». Or, avec cette catégorisation rigide des contrats, ne manque-t-on pas au respect de l'acte juridique comme instrument permettant de régir librement les rapports du droit ?

271. — A quoi bon masquer l'élément social, c'est-à-dire la loi, sous l'idée d'imprévision ? Ne faut-il pas lui restituer son véritable caractère ? Elle ne se rattache pas à la technique de l'obligation volontaire, elle heurte la logique de cette technique (88). Elle repose en effet sur cette idée de l'organisation autoritaire ou concrète de l'économie, élément social et objectif du contrat.

272. — C'est peut-être encore parce que le bouleversement de l'économie du contrat, postérieur à sa conclusion, est apparu tout d'abord dans des contrats commutatifs et à exécution successive qu'on a été encouragé à envelopper la nécessité d'un contrôle judiciaire de cette économie dans la notion d'imprévision. Dans ces contrats, les prestations des parties ne dépendent pas du hasard, de l'aléa ; l'imprévisibilité est absente par la nature des choses (89). Bien mieux, ceux-ci supposent, d'autre part, des prestations répétées, de sorte qu'un contrat apparaît comme des contrats distincts.

Cependant, on n'a pas tardé à trouver dans les contrats aléatoires des bouleversements susceptibles d'un contrôle de leur économie, comme c'est le cas dans les rentes et les assurances. Ce n'est que pour des contrats comme le jeu et le pari que ce contrôle doit être exclu. M. Stoyanovitch explique cette différence par ce que l'assurance et la rente sont des contrats successifs, tandis que le pari et le jeu sont des contrats à terme (90).

Beaucoup de juristes ont accepté d'étendre le domaine d'application de la théorie jusqu'à englober les contrats instantanés dont l'exécution est différée (91). On a même accepté l'application de

(88) G. Ripert, *La règle morale..., op. cit.*, n° 86 ; *idem, Le régime démocratique, op. cit.*, n° 95.

(89) Assaad Alkourani, *La théorie de l'imprévision dans la législation civile des pays arabes*, Rev. Al Mohamaah, Septembre 1959 (année 40, n° 1), pp. 217 et s. ; Yahya Khir Elddin, *La théorie des événements survenus*, Alexandrie, 1955, p. 19.

(90) Thèse précitée, pp. 27 et s. ; A. Hegazi, *op. cit.*, n° 366. Quelques-uns repoussent l'application de la théorie de l'imprévision sur ces contrats aussi bien que sur le prêt d'argent, sur l'argument qu'il s'agit d'une obligation dont l'objet est une somme d'argent. Abd Elgawad, *Le domaine d'application de la théorie des événements survenus*, Al Mohamaah, octobre 1958, pp. 188 et s. ; Alkourani, *loc. cit.*

Toutefois, y-a-t-il différence entre ce cas et le cas de vente dont le versement du prix est différé ?

(91) A. Alkourani, *loc. cit.* ; A. Hegazi, *op. cit.*, n° 363 ; Trib. du Caire, 31-10-1953, Al Mohamaah, année 34, p. 735, 21-6-1954, Al Mohamaah, année 35,

la théorie de l'imprévision dans les contrats instantanés dont l'exécution n'est pas différée, si les contractants n'ont pas encore procédé à l'exécution (92). A cette étape, on est arrivé à distinguer non plus les contrats de durée et les contrats instantanés, mais les conrats exécutés et les contrats non exécutés (93). S'agit-il encore de l'imprévision ou tout simplement du bouleversement de l'économie du contrat ?

Bien sûr, ceux qui cherchent le fondement de l'imprévision dans la notion d'équilibre objectif des prestations dans le contrat, avec la révision comme sanction, envisagent le problème sous un angle beaucoup plus large. Mais dès qu'on fonde la révision du contrat sur l'équilibre des prestations, on peut se demander : que reste-t-il de la notion d'imprévision ? Dira-t-on qu'il s'agit d'un « concept additionnel permettant de connaître le déséquilibre des prestations (94) ? ». On verra dans quelle mesure ce « concept additionnel » peut servir à la reconnaissance de l'injustice dans le contrat bouleversé (95).

§ 2. — L'imprévision et l'instabilité économique.

273. — Distingur les événements imprévisibles des événements prévisibles suppose donc la toute puissance de la volonté privée dans l'aménagement des relations économiques. Seulement, cette distinction dénonce, en même temps, l'incapacité de la volonté de régler les circonstances très imprévues. « Tous les principes (juridiques), relève Ripert, seraient de nature idéologique. Cela explique à la fois leur force et leur faiblesse (96). » Ils valent par leur puissance d'intimidation ; mais ils n'arrêteraient pas l'évolution d'une façon efficace.

274. — En effet, il y avait dans les circonsatnces de la naissance de la théorie de l'imprévision de quoi justifier cette attitude en dehors du principe de l'autonomie de la volonté. Jusqu'à la crise caractéristique de 1929 on n'avait jamais ressenti d'une manière aussi intense et aussi prolongée les effets néfastes du déséquilibre

p. 390 ; Tribunal Kafr el Cheikh, 27-6-1957 ; Cour d'appel du Caire, Ch. 12e civ., 8-12-1957 ; Trib. d'Alexandrie, 11-12-1959 : Cour d'appel de Mansourah, 14-4-1956 ; Cour d'appel du Caire, 27-4-1958. Contre, v. Cour d'appel du Caire, 20-2-1956 ; Cour d'appel de Mansourah, 3-11-1960.

(92) ALSANHOURI, *Alwassiet, op. cit.*, p. 642 ; *idem, L'application de la théorie des événements survenus aux contrats de vente conclus avant la loi de la réforme agraire,* Al Mohamaah, septembre 1960, pp. 107 et s. ; Abdel GAWAD, *loc. cit. ; Solimanmorcos, op. cit.*, n° 272. Contre, M. Ali ARAFAH, *Commentaire de la loi de la réforme agraire,* 2e éd., 1954, pp. 46 et s.

(93) ALSANHOURI, *loc. cit.*

(94) TANAGHO, Thèse précitée, n° 85.

(95) *Infra,* nos 397 et s.

(96) *Les forces créatrices du droit,* Paris, 1955, n° 137.

économique. On pensait alors que cet état de choses était concomitant à la guerre et ses suites et on souhaitait le retour à l'équilibre et à la stabilité. Ainsi il ne s'agissait que de supprimer les injustices flagrantes dans les contrats impliquant un écoulement du temps entre leur conclusion et leur exécution, susceptibles de leur faire subir l'instabilité inhérente à la guerre. Et la marque de cette origine apparaît dans la terminologie même de l'époque (97). On parlait non pas de l'adaptation du contrat aux circonstances économiques, mais de son adaptation aux « effets de la guerre (98) ».

On a donc été tout naturellement conduit à l'imprévision, après la guerre de 1914, parce que l'exemple le plus frappant et le plus courant de déséquilibre contractuel était alors celui des contrats successifs.

275. — Cependant, les circonstances ne se sont pas améliorées aussi vite que l'on avait pu l'espérer. Le provisoire a fini par être accepté comme un état normal. Il s'agit d'un état inhérent à l'économie nationale elle-même, la loi de l'offre et de la demande n'étant plus capable, à elle seule, d'aménager les prix relatifs de façon à assurer l'équilibre économique (99). Ce qui est en cause, au premier chef, c'est une action sur le mécanisme de l'offre et de la demande : diriger les prix et réviser les contrats pour les plier à cette direction.

Aussi plusieurs lois successives furent édictées tant en Egypte qu'en France, sur la prorogation, la résolution, la révision des contrats, le règlement des prix, sans qu'on trouve, parmi leurs conditions d'application, une place à la notion de l'imprévision (100). Ces lois — il ne faut pas le dissimuler — ne cherchent pas à rétablir le contrat tel qu'il a été réellement voulu par les parties, mais seulement à établir un certain équilibre entre les prestations. Elles puisent leur inspiration dans les nécessités de l'ordre économique. En général, ces nécessités se font sentir lorsque toute une catégorie de débiteurs se trouve lésée par des bouleversements dans telle ou telle branche de l'activité économique. « Il appartient au législateur, écrit Ripert, de prendre une mesure générale qui alors emprunte ses règles tout autant aux nécessités économiques qu'aux circonstances morales et plus aux premières qu'aux secondes (101). »

(97) Noirel, *loc. cit.*, n°s 1 et 2 ; G. Brière de l'Isle, *Le maintien par voie d'autorité du rapport contractuel arrivé à son expiration, in* « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », *loc. cit.*, p. 305.

(98) Voir, par exemple, Brunet (Maurice), *Contrats et guerre*, Thèse, Marseille, 1917.

(99) Voir *supra*, n°s 144 et s.

(100) Sur ces lois, en France, V. Ripert, *Le régime démocratique*, *op. cit.*, n°s 154-166 ; L'ouvrage collectif intitulé « Tendance à la stabilité du lien contractuel », *op. cit.* En Egypte, V. Fadel Habachi, *La prorogation légale des contrats de bail*, Thèse, Le Caire, 1962.

(101) *La règle morale*, *op. cit.*, n° 88.

276. — Le phénomène du bouleversement de l'économie des contrats devient prévisible aux contractants, de sorte qu'on assiste à une réaction négative de la pratique qui tend à éliminer du contrat le facteur temps, ou tout au moins à le réduire au minimum. Les contrats successifs sont remplacés par une suite de contrats instantanés, pouvant d'ailleurs avoir des liens entre eux, par le jeu notamment des clauses d'approvisionnement ou d'enchaînement. Le contrat successif ne constitue qu'un cadre d'opérations instantanées. Bien plus, la hantise de l'instabilité des prix a été, depuis 1945, en France, telle, que les offres faites par les fabricants, bien qu'elles soient limitées dans le temps, sont fréquemment assorties de réserves quant aux prix donnés, considérés comme purement indicatifs, ce qui laisse d'ailleurs des doutes, quant à la valeur juridique de l'offre faite (102).

Section II

L'ORGANISATION AUTORITAIRE DU CONTENU CONTRACTUEL PAR DE NOUVELLES TECHNIQUES

277. — La limitation du contenu contractuel aux prévisions des parties ne révèle donc qu'une manifestation de l'organisation autoritaire du contenu contractuel. Son adoption exige une intervention législative. Or, une telle intervention se ramène, en fin de compte, à une consécration de la notion de la lésion au sens objectif qu'on donne à ce mot ; plus exactement, elle est une application de la notion de justice commutative.

Il est juste qu'historiquement, la lésion apparaît comme un déséquilibre concomitant à la passation du contrat et que, dans « l'imprévision », il s'agit d'un déséquilibre postérieur, apparaissant pendant la vie de celui-ci. Néanmoins, dans les deux cas, il s'agit d'appliquer au contrat « le taux » des prestations qu'aurait établi le libre jeu des volontés et la libre concurrence. Le concept est le même ; seulement, son contenu s'élargit et s'étend.

D'ailleurs, il n'est pas toujours facile de distinguer le déséquilibre concomittant à la conclusion du contrat et le déséquilibre subséquent Ainsi, l'article 37 de la loi du 11-3-1957 sur la propriété littéraire et artistique en France, qui donne à l'auteur ayant cédé à forfait son droit d'exploitation et qui a subi un préjudice de plus des sept douzièmes, le droit de provoquer la révision des conditions de prix du contrat, est une application de la lésion, comme d'ailleurs de l'imprévision.

(102) Noirel, *loc. cit.*, nos 30 et s. Sur l'influence des circonstances économiques sur la distinction entre les contrats instantanés et les contrats successifs, v. notamment B. Starck, S. 1949.1.90, note sous civ., 20-10-1948 ; F. Terré, *op. cit.*, nos 552-555.

278. — Cependant, du point de vue économique et social — comme le remarque M. Carbonnier (103) à propos de l'imprévision, mais on peut généraliser — « la lésion est une arme ambiguë » ; il n'est pas sûr que « ce serait aux contractants économiquement les plus faibles qu'elle servirait le plus ». L'ambiguité vient de ce que « le critère de l'excessive onérosité est un leurre si on l'applique contrat par contrat ». Il faudrait, pour lui redonner le dynamisme nécessaire à son rôle économique et social, « l'appliquer subjectivement, par rapport à la force économique globale du contractant ».

Tout d'abord, « lorsque ce n'est plus l'exploitation ou la misère individuelle du travailleur qui est en jeu, mais que l'on se trouve devant une situation générale, tout un secteur de l'emploi connaît des salaires insuffisants ; lorsque ce ne sont plus quelques locataires qui sont menacés d'un loyer excessif mais que la situation économique de rareté fait que tous les loyers risquent d'être excessifs, les remèdes.... individuels ne sont plus de mise (104) ».

Serait-il possible, afin d'établir le taux de la prestation, de prendre pour référence le taux normal, c'est-à-dire le taux qui résulte de la liberté ? Précisément, ce taux est anormal en raison des circonstances économiques.

Plus généralement, dans une économie en croissance, les gains de productivité, nous l'avons vu (105), rapportent des bénéfices en priorité à un certain nombre de catégories et se détournent, temporairement, des catégories « périphériques » ; l'équilibre est, par nature, source de déséquilibre et d'inégalité. Dans la mesure où on se propose d'atténuer le mécanisme du marché dans ce qu'il peut avoir d'excessif à l'avantage ou au détriment de telle ou telle catégorie sociale, dans la mesure où on entend diriger vraiment l'économie du pays, une intervention « dans le cadre de la justice commutative, entre particuliers », paraît inutile. Il faut une intervention « dans le cadre de la justice distributive ». L'organisation de l'économie du contrat n'a pas seulement pour but de réaliser l'égalité des prestations échangées, mais aussi d'assurer une répartition équilibrée des richesses entre différents membres.

De même qu'à des maux provisoires de la société libérale, des remèdes provisoires peuvent être efficaces ; de même, lorsque c'est le bien-fondé du libéralisme qui est contesté, il faut envisager le « mécanisme » même de ce libéralisme : toute une politique des revenus et des activités contractuelles, d'une façon générale, serait à mettre en œuvre. « Entre les deux guerres, les mesures prises par l'Etat procédaient davantage de la nécessité de défendre le libéralisme menacé que d'une volonté dirigiste consciente (106) ; » mais, par

(103) Carbonnier, *Droit civil*, *op. cit.*, T. 2, n° 152, p. 503.
(104) Farjat, *op. cit.*, n° 251.
(105) *Supra*, n°s 158 et s.
(106) J. Hémard, *L'économie dirigée et les contrats commerciaux in* « Le droit civil français au milieu du xx^e siècle », p. 341.

la suite, on assiste à un dirigisme rationnel en fonction d'une économie en développement.

Sous-section I : *L'organisation du contenu contractuel, remède à des circonstances exceptionnelles.*

Sous-section II : *L'organisation autoritaire du contenu contractuel, nécessité d'une économie en croissance.*

Sous-section I

L'ORGANISATION DU CONTENU CONTRACTUEL, REMEDE A DES CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES

279. — Plutôt que d'exprimer un nouvel ordre économique se substituant à l'ordre libéral, les premières manifestations du modelage de l'activité contractuelle apparaissent comme un remède exceptionnel aux crises de l'économie libérale : pénurie et dépression. Il s'agit des mesures de révision (§ 1), de blocage ou de taxation (§ 2) justifiées par des circonstances exceptionnelles — la Première Guerre mondiale, la pénurie qui s'ensuivait, puis la crise des années 1930, et enfin la guerre de 1939 et la disette qui suivit. La technique employée révèle le caractère provisoire de ces mesures. Il s'agit de mesures spéciales pour parer à des situations exceptionnelles, et qui sont destinées à disparaître avec ces situations.

§ 1. — Les révisions du temps de la crise.

280. — C'est surtout en matière de baux (A) et de rentes viagères (B) que les révisions ont trouvé leur domaine d'élection. Or, on peut rapprocher de ces révisions la consécration générale de la révision des contrats pour imprévision par le Code civil égyptien (C).

A. — Les baux.

281. — *a*) La loi française du 6-7-1925 a ordonné la majoration des loyers conclus avant la cessation des hostilités, s'ils étaient inférieurs de plus d'un quart de la valeur locative équitable. Cette valeur locative était d'ailleurs déterminée forfaitairement en raison de l'impossibilité où le législateur se trouvait de la fixer économiquement.

La loi du 9-6-1927 décide la majoration des baux ruraux d'après la même règle de comparaison entre le fermage payé et la valeur locative forfaitairement déterminée.

La loi du 8-4-1933 autorise, au profit du fermier, la révision des baux à ferme. En cas d'échec de la conciliation prévue par la loi, les experts donnent leur avis sur la valeur locative de l'exploitation et le nouveau prix du fermage est applicable à partir de la demande du fermier.

La loi du 12-7-1933 et les lois postérieures qui étendent son domaine d'aplication permettant aux commerçants la réduction du loyer dans les baux commerciaux décident que le loyer ne devra pas dépasser la valeur locative équitable qui sera déterminée en tenant compte de tous les éléments d'appropriation.

282. — *b*) De même, la législation égyptienne de l'après-guerre a procédé à la révision des baux.

La loi n° 11 de 1920, modifiée par la loi n° 4 de 1921, a limité les loyers urbains. Son article 1/1 dit : « A partir de la date du 23 février 1921, le loyer des habitations non meublées ne peut excéder celui prévu par le contrat de bail en vigueur à la date du 1er août 1914, majoré de 50 %. » La loi n° 14 de décembre 1921 a fixé les loyers des terrains agricoles pour l'année 1920-1921. Son préambule explique « qu'il est équitable, en présence de la baisse extraordinaire subie récemment par les prix du coton, de permettre, à titre exceptionnel, la révision des loyers fixés pour la location des terrains agricoles par les baux conclus pendant l'année 1920 pour l'année agricole 1920-1921. »

Au cours de la crise 1930-1932, le législateur égyptien a promulgué deux séries de lois. La première accorde un délai pour le paiement des loyers agricoles : le décret-loi n° 54, de 1930 ; le décret-loi n° 110, de 1931 ; le décret-loi n° 55, de 1932, et le décret-loi n° 83, de 1933. La deuxième porte sur la réduction des loyers agricoles : la loi n° 103, de 1931, et la loi n° 32, de 1932.

B. — Les rentes viagères.

283. — *La rente viagère* offre une autre manifestation de cette politique dans la législation française. La loi n° 49420, du 25 mars 1949 (107), modifiée à plusieurs reprises, qui constitue la base en la matière, adopte un système de majoration des rentes viagères par des taux forfaitaires. La majoration est fondée sur le principe de l'équivalence des prestations réciproques ; le taux de majoration varie suivant la date de constitution de la rente ; plusieurs lois interviennent pour l'adapter à la conjoncture en le relevant au fur et à mesure.

Il est remarquable, à cet égard, que l'article 2 de la loi autorise le débiteur à obtenir en justice une remise totale ou partielle de la majoration légale, s'il prouve que le bien cédé n'a pas acquis

(107) Pour une vue d'ensemble sur le système d'après les récentes modifications, v. Y. Bechade, *La révision légale des rentes privées en* 1960, J.C.P., 1960.1. 1545 ; *idem*, Les aménagements apportés en 1963 à la législation sur la révision des rentes, J.C.P., 1963.1.1800.

entre ses mains un coefficient de plus-value résultant des circonstances économiques nouvelles, au moins égal au forfait. De même, l'article 2 *bis*, introduit par l'article 56 de la loi de finances pour 1963 (28-2-1963), autorise le crédirentier à obtenir du tribunal, à défaut d'accord amiable, une majoration supérieure à la majoration forfaitaire de plein droit (dans la limite de 75 %). Il lui suffit, pour obtenir cette majoration, de prouver que le bien reçu en contrepartie ou à charge du service de la rente, a acquis entre les mains du débirentier, par comparaison avec la valeur de ce bien lors de la constitution de la rente, un coefficient de plus-value (résultant des circonstances économiques nouvelles) supérieur au coefficient de la majoration forfaitaire.

De même, les rentes variables suivant une clause d'échelle mobile ne peuvent, en aucun cas, dépasser en capital la valeur qu'ils ont au moment de l'échéance, du bien ou des biens cédés en contrepartie (article 4). Et l'article 4, après sa modification par l'article 15 de la loi de finances rectificative pour 1963 (2-7-1963) permet aux titulaires des rentes indexées, constituées en contrepartie (de l'aliénation, du legs ou de l'abandon d'un usufruit) d'un bien immobilier ou d'un fonds de commerce, de bénéficier d'arrérages au moins égaux à ceux perçus par les créanciers de rentes fixes, si, par suite des circonstances économiques nouvelles, le jeu de l'indice de variation choisi a pour conséquence de bouleverser l'équilibre que les parties avaient entendu maintenir entre les prestations du contrat.

C. — La révision pour imprévision en Egypte.

284. — Après l'échec des tentatives doctrinales et jurisprudentielles analogues à celles faites en France pour faire admettre la théorie de l'imprévision à travers la technique contractuelle existante, le Code civil égyptien, entré en vigueur le 15 octobre 1949, a été l'occasion de l'élaboration d'un contrôle du contenu contractuel basé sur la notion de « l'imprévision (108) ».

Comme l'article 1134 du Code civil français, l'article 147 du Code civil égyptien dispose que : « Le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué ni modifié que de leur consentement mutuel, ou pour les causes prévues par la loi. » Mais le même article ajoute que « Toutefois, lorsque par suite d'événements exceptionnels et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle. »

La doctrine égyptienne ne parle pas d'une théorie de « l'impré-

(108) Sur ces tentatives doctrinales, Abdelhamid Hachich, *La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs*, Etude comparée du droit français et du droit de la République Arabe Unie, Thèse, Caen, 1962, pp. 50 et s.

vision », mais de la théorie des « circonstances survenues ». Cette appellation met l'accent non pas sur l'aspect subjectif du problème — s'agit-il des circonstances prévisibles ou non aux parties contractantes ? — mais sur son aspect objectif, c'est-à-dire sur la survenance des circonstances nouvelles après la conclusion du contrat. Cela donne l'impression que l'infléchissement de la loi des contractants trouve sa justification non pas dans l'imprévisibilité des circonstances, mais tout simplement dans leur nouveauté (109).

§ 2. — Le blocage et la taxation en temps de crise.

A. — Le blocage.

285. — Une loi française du 4-9-1943 (dont l'ordonnance du 3-5-1945 devait reprendre les dispositions essentielles contenues dans l'article 812 du Code rural de 1955) a stabilisé les fermages sur la base de baux en cours en 1939 (110). Le fermier ne peut être tenu, en cas de bail en nature, de livrer des quantités supérieures à celles qui étaient exigibles en vertu des contrats en vigueur à cette date. Les fermages stipulés en argent sont fixés légalement, *de plano*, sur les prix des produits agricoles. Le fermage est fixé en transférant fictivement en quantité de denrées le prix du bail en vigueur au 1er septembre 1939 et en calculant le prix desdites denrées au cours du jour de l'échéance.

Plusieurs proclamations militaires égyptiennes réglementèrent les rapports entre bailleurs et locataires pendant la guerre. Les dispositions édictées par ces proclamations furent maintenues par le décret-loi n° 97 de 1945, puis par la loi n° 121 de 1947.

Le loyer stipulé dans les contrats de bail conclus depuis le 1er mai 1941 ou conclus postérieurement à la publication du décret ci-dessus visé, ne pourra excéder le loyer du mois d'août 1939 ou la valeur locative normale dudit mois pour la zone d'Alexandrie, et le loyer du mois d'avril 1941 ou la valeur locative normale dudit mois pour les autres zones ou localités, majorés dans les deux cas selon un certain barème (111).

Ce régime ne s'applique qu'aux immeubles constitués à partir du 1er-1-1944. Quant à ceux qui sont constitués après cette date, plusieurs décrets et lois sont intervenus à diverses reprises pour les réglementer. Le système suivi est celui de la réduction du loyer exercé à la date de la loi, d'un certain pourcentage. Le décret-loi n° 199, de 1952, a réduit de 15 % les loyers des immeubles construits depuis le

(109) *Infra*, nos 396 et s.

(110) Pour ces développements, v. P. Ourliac et M. de Juglart, le décret du 7 janvier 1959 sur les prix des baux à ferme, J.C.P. 1959.I.1501 ; *idem, Le statut des baux ruraux, réformes, retouches et repentirs*, J.C.P., 1961.I.1597 ; P. de Félice, Gaz. Pal., 1960.II, doct. 53 ; M. de Surgy, S., 1960, chr., 55.

(111) Mansour Mustapha Mansour, *op. cit.*, n° 153 ; Al Sanhouri, *Al Wassiet, op. cit.*, T. 6, V. 2 (le bail), pp. 915 et s.

1er-1-1944, à partir du loyer exigé pour le mois d'octobre 1952. La loi n° 55, de 1958 a réduit de 20 % les loyers des immeubles construits depuis le 18-9-1952 à partir du loyer exigé pour le mois de juillet 1958. Le décret-loi du 2-11-1961 a prolongé cette dernière réduction aux immeubles construits après la mise en vigueur de la loi précédente.

B. — La taxation.

286. — Les crises économiques. la nécessité pour l'Etat de prendre à sa charge le problème de l'équilibre entre la production et la consommation ont inspiré une politique des prix.

Le législateur français a songé tout d'abord à réprimer uniquement la hausse illicite des prix (loi du 3-12-1926 et du 19-8-1936). Mais les tribunaux ont eu la plus grande peine à en tirer des conséquences satisfaisantes, le caractère illicite de la hausse étant difficile à découvrir (112).

Des mesures plus énergiques ont été prises. Le décret-loi du 1er-9-1937 décide le blocage des prix. Une loi de Vichy du 21-10-1940, bien souvent modifiée, a bloqué les prix au niveau atteint le 1er-9-1939, sauf dérogations. Depuis la Libération, le régime des prix est régi par l'ordonnance du 30-6-1945, modifié à maintes reprises. Les prix ont été taxés ou bloqués par une décision gouvernementale ; la baisse pouvait être imposée. La fixation du prix est normalement le fait d'arrêtés interministériels, ministériels (le ministre de l'Economie nationale) ou préfectoraux. Jusqu'au décret du 19-3-1957, tout produit de fabrication nouvelle était soumis à la fixation d'un prix par le service des prix (113). S'il n'y a plus de fixation préalable du prix de tout produit nouveau, celui-ci peut faire l'objet d'un arrêté (114). Suivant les circonstances, le domaine de la taxation s'élargit ou se rétrécit.

Plusieurs décrets-lois ont procédé à la taxation de certains prix en Egypte (115).

Au mois de septembre 1939, au moment où le gouvernement prit la décision de réglementer les prix, son but fut d'assurer la stabilité des prix agricoles et industriels de première nécessité pour les classes les moins favorisées. Ainsi, les premiers articles soumis à la taxation furent des produits indispensables à l'alimentation et à l'entretien de la population, produits dont la plupart constituent les éléments essentiels du budget ouvrier.

Le secteur libre demeure important. Mais, au fur et à mesure que la pénurie des marchandises s'aggravait, une hausse considérable

(112) Sur la réglementation des prix, G. Ripert (P. Durand, R. Roblot), *Traité élémentaire du droit commercial*, T. 1, 1959 (4e éd.), n° 98, T. 2, 1961 (4e éd.), n° 2249 ; J. Hémard, *Les contrats commerciaux*, Paris, 1953, T. 1, n° 87.

(113) Art. 24 de l'ordonnance de 1945, abrogée par le décret de 1957.

(114) Art. 28 de l'ordonnance du 30 juin 1945.

(115) Décrets-lois n° 101 de 1939, n° 96 de 1945 et n° 163 de 1950.

avait lieu sur les prix non taxés. Cela amena le gouvernement à étendre son contrôle pour y englober ces produits et les prix des matières premières employées pour leur production.

Le mois de septembre 1957, une caisse de stabilisation des prix fut créée au ministère des Finances et de l'Economie ayant pour visée de réaliser le blocage de tous les prix. Afin d'atteindre ce but, on commença par le blocage des prix de douze articles.

D'après les déclarations faites par le gouvernement à cette occasion, l'intervention se justifiait par deux raisons :

a) Une nécessité sociale pour certaines classes ;

b) Une stabilité des prix indispensable pour garantir la réalisation des grands projets de développement du pays. Toute hausse des prix au cours de l'exécution de ces projets aurait pu provoquer une hausse des salaires rendant leur réalisation difficile dans les limites des crédits et des estimations prévues.

Mais le blocage des prix est une mesure inefficace, si on ne peut agir sur l'offre et la demande des produits. En même temps qu'on s'efforçait de rationaliser une offre raréfiée en organisant la répartition des marchandises, on empêcha la demande de se développer en bloquant les salaires. Ce fut l'objet des décrets-lois du 10 novembre 1939 et du 1er janvier 1940 en France (116).

Sous-section II

L'ORGANISATION AUTORITAIRE DU CONTENU CONTRACTUEL, EXPRESSION D'UNE ECONOMIE EN CROISSANCE

287. — C'est une orientation nouvelle du modelage des activités contractuelles. Toutes les méthodes précédemment envisagées se sont plus ou moins inspirées de l'idée de provisoire ; à un mal accidentel, correspondent des remèdes temporaires. Or, voilà que « le mal » se révèle inhérent à la nature même de l'économie ; c'est une transformation de l'ordre économique qui postule une transformation correspondante du droit contractuel.

M. Paul Roubier (117) a vu dans la sécurité juridique la première valeur sociale à atteindre. Et le droit moderne est à la recherche des « formules » permettant d'y parvenir. Sans aucun doute, il ne s'agit pas de la sécurité statique. « Chacun désirant conserver et même développer ce qu'il a », « le développement, cette ultra-sécurité, tend à remplacer la sécurité statique (118) ». Il pose donc le problème

(116) J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, Thémis, 3e éd., 1964.421.

(117) *Théorie générale du droit, op. cit.*, nos 37 et s.

(118) Carbonnier, Préface à l'ouvrage collectif, « Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée », *op. cit.*, p. 11.

des techniques juridiques permettant un contrôle de l'évolution rationnelle des « rémunérations ».

Par là même, on tente d'éliminer les fluctuations de prix, d'évincer toute spéculation et de leur substituer une évolution en fonction de la croissance. « On trouve un effort d'organisation *ex-ante*, par opposition aux effets *ex-post* des mécanismes traditionnels (119) ».

Nous trouvons les manifestations de cette recherche de la stabilité dans le domaine des contrats de travail (§ 1), des baux (§ 2) et des prix de vente (§ 3).

§ 1. — La fixation des salaires.

288. — La fixation du salaire est l'une des premières manifestations de ce nouvel ordre économique qui aspire à se substituer à l'ordre libéral. C'est en cette matière que nous avons vu (120) se cristalliser le plus souvent les conflits sociaux, ceux-ci amenant des répercussions directes sur l'économie nationale. De telles préoccupations s'accumulent donc depuis longtemps, afin d'amener les pouvoirs publics à intervenir dans la fixation des salaires.

A la phase de la libre détermination du salaire a succédé une période d'intervention progressive de l'Etat.

289. — *a*) Les premières interventions visaient à protéger certaines catégories de travailleurs, dont l'exploitation paraissait particulièrement à craindre, sans pourtant mettre en cause le principe de la liberté de fixation des salaires (121).

C'est le développement des conventions collectives qui apporte un premier correctif d'ordre général au mécanisme libéral de la fixation des salaires. Inaugurées en France après la Première Guerre, par la loi du 25-3-1919, elles ont été reprises après la Deuxième Guerre par la loi du 11 février 1950, sous réserve de l'obligation de verser à tous les travailleurs un salaire minimum fixé par le gouvernement. Dans les professions où elles ont pu être conclues, ces conventions établissent des barèmes de salaires minima que doivent respecter les entreprises qui leur sont assujetties. La loi du 24-6-1936 donna aux pouvoirs publics la possibilité d'intervenir pour favoriser l'élaboration, la conclusion et l'extension de ces conventions.

Le salaire minimum a pour fonction essentielle de protéger les travailleurs les plus défavorisés, c'est-à-dire ceux des secteurs professionnels où les syndicats ne sont pas assez puissants pour obtenir des conventions collectives assurant à leurs membres une vie décente (122).

(119) A. PIETTRE, Journal *Le Monde*, précité.

(120) *Supra*, n° 165.

(121) Sur ces interventions, A. BRUN, H. GALLAND, *Droit du travail*, Sirey, 1958, n°s 11-208 et s.

(122) Jean RIVERO et J. SAVATIER, *op. cit.*, pp. 427 et s.

Cependant, l'institution du salaire minimum garanti offre aux pouvoirs publics un autre moyen d'agir sur le taux des salaires. Celui-ci, dont le gouvernement demeure maître, exerce une influence de fait sur la hiérarchie des salaires (123).

Toutefois, l'expérience a montré que les travailleurs, avec l'aide des syndicats, arrivent souvent à obtenir des hausses de salaires excessives et susceptibles de déclencher des effets inflationnistes.

Ainsi, le droit français « est à la recherche de procédures de négociation entre l'Etat et les syndicats patronaux et ouvriers permettant de situer une politique des salaires dans le cadre d'une économie à la fois concertée et planifiée (124).

290. — *b*) C'est seulement au cours de la Deuxième Guerre mondiale que le législateur égyptien a commencé à prendre conscience de la nécessité d'intervenir dans la fixation du salaire. D'ailleurs, cette intervention était liée à des circonstances exceptionnelles et limitée à certaines catégories de travailleurs à l'exclusion des autres : fixation, par des législations successives, d'un salaire minimum aux travailleurs des entreprises industrielles et commerciales, à l'occasion du renchérissement de la vie, fixation du salaire minimum des travailleurs agricoles à l'occasion de la réforme agraire de 1952 (125).

De même, le législateur égyptien n'est intervenu pour réglementer les conventions collectives qu'en 1950, par la loi n° 97.

Cependant, toutes ces interventions n'étaient ni générales, ni cohérentes, ni suffisantes pour permettre au travailleur une vie décente. Ainsi, « il était nécessaire de décrire une politique générale et à long terme pour l'intervention du législateur dans la détermination du salaire, une intervention générale et efficace qui prend en considération... la nature vitale du salaire, les coûts de la vie..., la capacité des entreprises... et.... l'économie de la collectivité (126) ».

Le législateur égyptien a profité de l'occasion qu'offrait la promulgation du code unifié du travail pour envisager une politique générale pour l'intervention future dans la fixation des salaires. Ainsi, il a prévu des commissions mixtes constituées par des fonctionnaires et des représentants des employeurs et des employés dans chaque préfecture et centre industriel important, pour la planification de la politique des salaires et sa modification (article 158). Dans les circonstances exceptionnelles, une crise, par exemple, toutes les commissions peuvent être convoquées à une réunion générale qui examinera la modification des salaires (article 159/2) (127). Les

(123) *Idem*, p. 429.

(124) *Idem*, p. 423.

(125) H. KIRAH, *Les principes du droit du travail*, T. 1 (*Le contrat de travail*), 1re éd., Alexandrie, 1964, pp. 357 et s. ; Esmaeil GHANEM, *Droit de travail*, Le Caire, 1961, n° 70.

(126) H. KIRAH, *op. cit.*, p. 356.

(127) *Idem*, pp. 386 et s. ; Esmaiel GHANEM, *op. cit.*, n° 73.

décisions de ces commissions doivent être présentées au ministre du Travail pour promulguer la fixation des salaires.

§ 2. — La fixation des loyers.

A. — Baux commerciaux en France.

291. — Dans le domaine des baux, on trouve la première manifestation de cette politique de stabilisation avec la notion de la « valeur équitable » dans les locaux commerciaux en France.

Ainsi, selon l'article 27 du décret du 30 septembre 1953, qui a remplacé en la matière la loi du 30 juin 1926, et qui fut repris par les lois du 12 mars 1956 et du 6 mars 1958, le loyer d'un bail commercial peut donner lieu à révision tous les trois ans, lorsque l'indice des deux cent cinquante articles a varié de plus de 15 % depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire. Mais cette révision, qui doit être demandée en justice, est librement décidée et appréciée par le juge saisi. La variation de 15 % ne constitue qu'un adminicule ; elle permet de saisir le tribunal, mais elle ne détermine pas le montant de la révision.

Il est à remarquer que la révision peut avoir lieu, en raison non seulement de l'évolution des conditions économiques générales (indice des deux cent cinquante articles), mais aussi des conditions relatives à l'exploitation du fond. L'action en révision peut être exercée lorsque, par suite de la modification des facteurs de commercialité, la valeur locative a varié de plus de 15 %.

De même, la révision peut intervenir, suivant l'article 28 du décret du 30-9-1953, même au cas où le loyer varie suivant une clause d'échelle mobile, lorsqu'une variation de plus du quart, en plus ou en moins, s'est produite sous l'effet de la clause depuis la dernière fixation. La révision est admise *même au bénéfice des prévoyants. C'est bien la lésion postérieure au contrat qui est considérée,* indépendamment des prévisions des parties. Disposition au demeurant justifiée ; nous avons vu les incertitudes de l'échelle mobile, dont le résultat est fonction du choix de l'indice de référence. Lorsqu'il y aura eu variation de plus du quart, le juge devra « adapter le jeu de l'échelle mobile à la valeur locative équitable ».

Cependant, la disposition va trouver peu d'application sous l'article 14 de l'ordonnance de 1959 concernant l'indexation. Cet article rend illicites toutes les clauses d'indexation dont l'indice de référence n'est pas en rapport avec l'objet de la convention ou l'activité des parties. Or, ce sont justement les indexations interdites qui sont susceptibles d'écarter le loyer de « la valeur locative équitable ».

Ainsi se trouve adopté le principe de la révision d'une catégorie de contrats. Mais le système est fonction *d'une détermination légale*

de loyer : le montant du loyer doit correspondre à « la valeur locative équitable ».

La valeur locative — le terme inquiétant d'équitable ne doit pas faire illusion — est celle qui résulte du jeu normal de l'offre et de la demande ; c'est elle que le législateur considère comme équitable.

B. — Baux ruraux.

292. — *a*) Avec le statut du fermage de 1948, en France, on assiste à une certaine libéralisation, d'ailleurs surveillée, afin d'aboutir au « prix normal et raisonnable du fermage ». Dans ce système, la commission consultative des baux ruraux dresse, pour les différents départements, la liste des denrées (au minimum quatre, selon la loi du 3-12-1948) qui serviront de base au calcul du prix des baux, et les quantités maxima et minima de ces denrées représentant, « par nature de culture et suivant leur classe, la valeur locative normale des biens loués ». La commission adresse ses propositions au préfet qui publie la liste des denrées et leurs quantités maxima et minima. Or, les quantités de denrées représentant la valeur locative normale n'ont pour les parties qu'une valeur d'indication ; elles peuvent être dépassées, car elles ne concernent qu'une valeur moyenne, mal adaptée à tel ou tel cas particulier. Une des parties pouvait saisir le tribunal paritaire en vue de faire fixer, par la loi, « le prix normal et raisonnable ».

Avec la loi du 23-3-1953 (modifiée par décret du 7-1-1959) le prix de fermage ne peut dépasser le cadre des quantités maxima et minima fixées par la commission consultative (ce dernier ne pouvant être supérieur aux quantités représentant, en 1939, le prix normal des baux).

D'ailleurs, une action en révision est accordée aux parties quand, lors de la conclusion du bail, un prix supérieur ou inférieur d'au moins un dixième de cette valeur a été stipulé (article 822, C.R.). La liberté est laissée aux parties quant au mode de paiement en argent ou en nature.

Les grandes lignes du système de fixation des baux à ferme permettent de dégager l'esprit de la législation. Certes, des mécanismes d'amortissement s'interposent entre les prix des produits agricoles et le prix du fermage, mais l'idéal recherché est tout de même la valeur locative normale par une indexation des fermages sur les prix agricoles (128).

En ce qui concerne le métayage, la loi du 13-4-1946 (article 22 *bis*, ordonnance du 17-10-1945), modifiée par la loi du 13-4-1946, a décidé que la part du bailleur ne peut être supérieure au tiers de l'ensemble des produits, sauf décision contraire du tribunal paritaire.

(128) Carbonnier, *Le principe du nominalisme monétaire, loc. cit.*

Il s'agit, selon l'expression de MM. Ourliac et de Juglart, d'un « dirigisme mitigé ». Le cadre autoritaire est modéré par le rôle de la commission consultative composée paritairement. C'est un système de taxation souple qui tient compte des diversités locales et laisse une certaine liberté de discussion aux parties.

293. — *b*) C'est un mode beaucoup plus autoritaire qui a été établi pour les baux ruraux en Egypte (129). Le nouveau Code civil ne contient aucun texte qui limite la liberté des contractants quant à la détermination des prix de baux (130). Toutefois, selon l'article 33 de la loi n° 178, 1952, portant sur la réforme agraire en Egypte, le prix de fermage ne peut dépasser sept fois le taux de l'impôt foncier, celui-ci étant de 14 % de la valeur locative estimée par le gouvernement comme base d'imposition. Il peut être payable en nature ou en argent (131). Quant au métayage, l'article 624/1 du Code civil disposait que « la part du propriétaire ne peut pas dépasser la moitié de la récolte après déduction de tous les frais ».

Le prix du bail ainsi déterminé par la loi est, dans la plupart des cas, beaucoup moindre que celui qui aurait résulté de l'offre et de la demande. Néanmoins, il peut varier dans une certaine mesure en fonction de la conjoncture, car il dépend de la valeur locative prise pour base de l'impôt, celui-ci étant lui-même révisable tous les dix ans, selon les circonstances économiques et la valeur culturale de la terre.

Pour comprendre l'esprit du système, il faut envisager ce dernier selon l'état de choses qui a déterminé la réforme agraire tout entière. En effet, la concentration de la population sur une surface de terre très limitée, la concentration de la terre cultivable dans les mains d'un nombre relativement peu important de propriétaires ont abouti à la hausse considérable du prix des terres et des baux. En limitant la propriété agricole et en déterminant arbitrairement les prix des baux, la loi a voulu, d'une part, réaliser une certaine justice sociale et, d'autre part, orienter l'investissement vers l'industrie. La note explicative de la loi ajoute que « cette limitation fait la part du propriétaire de la terre égale à son rôle dans la production et empêche la hausse excessive des prix de baux qui incombe sur les petits agriculteurs et la majorité du peuple de ceux qui consomment les produits agricoles ».

(129) V. Mohamed Kamal Abou Elkhir, *La loi de la réforme agraire*, 1re éd., 1961, Le Caire, pp. 179 et s. ; Fadel Habachi, *La prorogation légale des contrats de bail*, Le Caire, 1962, p. 108.

(130) M. M. Mansour, *op. cit.*, n° 246.

(131) Art. 561 du Code civil. Cf. l'arrêté n° 3 du 8-10-1952 du Comité supérieur de la réforme agraire.

C. — Baux d'habitation.

294. — *a*) En ce qui concerne les baux d'habitation ou à usage professionnel, la loi française du 1er-9-1948 ne laisse aux contractants qu'une option entre les différents modes de fixation qui sont décrits avec une remarquable précision : valeur locative, loyer forfaitaire, loyer-salaire (132). Mais c'est le loyer-salaire qui s'applique lorsque les parties n'ont pu se mettre d'accord pour exercer leur option.

La valeur locative est calculée de façon à rémunérer normalement le service rendu par le bailleur et à lui permettre de maintenir l'immeuble en état d'habitabilité. L'article 34 *bis*, modifié par le décret n° 1347 du 27-12-1958, laisse aux parties le soin de fixer le prix du loyer, mais à condition de ne pas dépasser cette valeur locative (133). La base du calcul de la valeur locative est la surface du local, calculée au mètre carré, à laquelle on ajoute des corrections selon certains caractères du logement, d'où le nom de surface corrigée.

Le prix de base est déterminé par décret après avis du Conseil économique. (Un décret du 10-12-1948 avait établi ces prix de base ; il a été remplacé par décret du 5-11-1957.)

Le loyer forfaitaire est celui pratiqué le 1-7-1948, augmenté chaque semestre d'une majoration fixée par décret. Le législateur ordonnera ces majorations jusqu'à ce que soit atteinte la valeur locative. Or, l'accord sur un loyer forfaitaire peut être dénoncé par chacune des parties ; le prix est alors calculé selon les règles du loyer-salaire (134).

Dans le loyer-salaire, le législateur a entendu établir une relation entre le prix du loyer et le revenu du locataire. Pour cela, il a pris pour base un logement de deux pièces disposant d'un confort réduit dont il fixe le loyer à 4 % du salaire qui sert de base au calcul des prestations familiales (article 55 du Code de Sécurité sociale) (135).

Toutefois, les immeubles construits ou achevés après la loi du 1er-9-1948 échappent à la réglementation. De même, les locataires entrés dans les lieux après le 1er-1-1959 ne peuvent invoquer le bénéfice de la loi de 1948 lorsque l'immeuble est situé dans certaines communes (136).

Le système est fonction d'une détermination légale du loyer : il faut se limiter à l'un des modes décrits par le législateur. Le législateur répugne à recourir à l'idée sans doute plus simple, mais fort vague, de « valeur locative équitable » et à accorder au juge un pouvoir d'appréciation qui n'aurait pu s'exercer qu'au prix d'une contestation. Toutefois, il confère quelque élasticité au loyer en lui permettant de suivre les nouvelles circonstances économiques ; il

(132) H. et L. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, III, 2e éd., p. 1208.
(133) *Idem*, nos 1211 et s.
(134) *Idem*, n° 1213.
(135) *Idem*, n° 1214.
(136) *Idem*, n° 1206.

détermine les modalités de passage de l'ancienne valeur locative à la nouvelle.

295. — *b*) Nous avons avancé que le législateur égyptien est intervenu à plusieurs reprises pour réduire les loyers des locaux, par des législations, dont chacune limitait ce qui avait été précédemment laissé sans limitation. Ce n'est que par le décret-loi n° 168 de 1961, que le législateur égyptien s'est convaincu qu'il est temps de réexaminer sa politique en ce qui concerne la fixation des loyers. Cette législation donne une réglementation des loyers d'une façon qui paraît stable et durable.

Selon l'article 1er de cette loi, les loyers des lieux d'habitation ou d'autres bâtiments se fixent comme suit :

1° L'intérêt de l'exploitation de l'immeuble à 5 % de la valeur des terrains et du bâtiment ;

2° 3 % de la valeur du bâtiment à titre d'amortissement du capital engagé et des frais de réparations, entretien et gestion.

Ces deux éléments constituent la valeur locative de tout l'immeuble et doivent être répartis sur les unités que constitue cet immeuble par une commission spéciale réunissant des fonctionnaires et des propriétaires d'immeubles (137).

§ 3. — La fixation des prix de vente.

296. — Les mêmes tendances se manifestent en matière de prix de vente.

Tout d'abord, certains prix ont toujours été fixés par l'autorité administrative, ainsi que des produits vitaux comme le pain et la viande.

De même, la nécessité de fixer les prix des services publics est apparue de bonne heure. On a vu comment l'effort doctrinal, à propos de la notion du contrat d'adhésion, n'est pas toujours suffisant pour faire face aux inégalités sociales et aux abus qui en résultent. Le moyen d'y remédier ne peut être que l'intervention de l'Etat. Ainsi, dans les concessions de service de transport par voie ferroviaire, d'eau, de gaz, d'électricité, le prix de vente aux usagers et consommateurs est presque toujours déterminé ou homologué par l'administration ou même par le pouvoir législatif.

297. — Les prix agricoles nous offrent un autre exemple privilégié. En France, l'article 6 du décret du 18-9-1957, modifié par le décret du 23-1-1958, décidait que les prix d'objectif des principaux produits agricoles seraient fixés en fonction de la variation de l'indice des produits industriels nécessaires aux exploitations agricoles, de l'indice

(137) Sur cette législation, v. Al Sanhouri, *Alwassit*, T. 6, *op. cit.*, n°s 604 et s.

des prix de détail, à l'exception de ceux des produits alimentaires et de l'indice des salaires agricoles. Les prix agricoles dépendraient ainsi à la fois du coût de l'exploitation et du coût de la vie.

L'article premier du décret n° 59-174, du 7-1-1959, mit fin au régime d'indexation des prix agricoles, et décida que les prix d'objectif seraient fixés par voie d'autorité.

A la suite des protestations des milieux agricoles, le décret n° 60-207 du 3-3-1960 a rétabli dans une certaine mesure l'ancien article 6. Selon le nouvel article 6, « il est fait application au prix indicatif de chaque produit... d'un coefficient particulier de révision. A cette fin, sont retenues, pour chaque produit, les variations des éléments forfaitaires de prix de revient, à raison de leur proportion dans la composition du prix initial telle qu'elle figure au tableau annexé au présent décret ». Il est à remarquer que les coefficients de révision ne couvrent pas toute la hausse des éléments du prix de revient, mais seulement une proportion variable.

298. — Même pour les produits industriels ou importés il y a le système de la limitation des bénéfices. Un système se base, pour la fixation des prix, sur les coûts de production ou d'importation. Les producteurs ou les importateurs fixent eux-mêmes leurs prix de vente suivant une formule établie par les autorités publiques, qui détermine les éléments sur lesquels ils peuvent se baser pour calculer leurs prix de revient (138).

(138) Le système fut introduit en Egypte en 1943. Il est réglementé maintenant par le décret-loi n° 180 de 1950, n° 139 de 1952, et n° 108 de 1961 (v. A. M. Ali et A. Aziz, *Les décrets et arrêtés concernant l'approvisionnement*, 8e éd., Le Caire, 1964, pp. 222 et s.).

DEUXIEME PARTIE

LE SORT DU CONTRAT ET LES CIRCONSTANCES ÉCONOMIQUES

299. — L'étude de l'interdépendance entre les circonstances économiques de notre temps et le contenu du contrat nous a mis en face d'un contrat d'une physionomie nouvelle. Certes, il ne s'agit plus du libre aménagement du contenu contractuel, mais d'une organisation objective de ce contenu en fonction des « données nouvelles » de l'économie. Mais le contrat reste un accord de volonté « monté pour un fin pratique » ; seulement cet accord doit s'adapter aux données de cette organisation objective de l'« activité contractuelle ».

300. — Cependant, l'étude d'une « institution » juridique ne s'épuise pas avec la recherche des règles qui en constituent l'organisation objective. « Il serait vain d'édicter des règles impératives si un système de sanctions ne venait courber les volontés individuelles (1) ». Plus parfaite sera la sanction et plus la règle aura des chances d'atteindre son but d'une façon sûre et complète. Quel sera donc le sort du contrat inadapté à l'organisation objective de l'« activité contractuelle » ?

A cet égard, on oppose le fait à l'acte juridique : « un fait existe malgré la loi ; un acte juridique n'existe comme tel, c'est-à-dire comme productif d'effets juridiques, que par sa volonté : il lui est bien

(1) P. Durand, R.T.D.C., 1944, *loc. cit.*, p. 84.

facile de supprimer l'acte contraire à la règle en déclarant qu'il ne produira pas d'effets juridiques (2) ».

Ainsi, si parfois la loi se trouve obligée d'accepter un fait accompli tout en donnant réparation à la victime, la liquidation, l'anéantissement paraît toujours la sanction en matière d'acte juridique (3) : le contrat licite dès sa formation est nul ; le contrat qui le devient lors de sa vie doit être résilié.

301. — Toutefois, la profonde évolution économique qui a nécessité de nouvelles solutions pour la réglementation de l'économie du contrat, ne s'est pas produite sans de profondes corrections aux procédés de la sanction en ce domaine : il s'agit souvent — en droit français aussi bien qu'en droit égyptien — moins d'anéantir que d'imposer directement l'obéissance à la loi, et moins d'annuler ou de résilier que de « réadapter ». Cela est si évident que nous pouvons nous demander si la nullité et la résiliation ne sont pas moins les sanctions exclusives en matière de contrat que celles de certains vices de celui-ci, et moins les sanctions des règles du droit contractuel que celles d'une certaine catégorie de ces dernières, caractérisées par leur but et par leur objet. Les règles concernant le contenu du contrat ne vont-elles pas susciter l'apparition d'une nouvelle sanction qui se distinguera des sanctions classiques par ses effets et ses modalités : l'adaptation ?

Des études magistrales ont contribué à décrire les différents aspects du problème et à déblayer le terrain de la recherche. Toutefois, un travail de synthèse reste à faire en ce domaine, un travail qui tente de coordonner, d'expliquer tout en apportant une justification, en un mot un travail de systématisation.

En effet, les incertitudes qui entourent l'adaptation sont dues, pour une grande part, à la confusion entre celle-ci et les sanctions classiques, alors que la distinction entre l'existence du contrat et l'organisation de son contenu tend à les dissocier. De là, nous avons été amené, pour dissiper cette confusion, à procéder, dans un premier titre, à une étude de l'adaptation envisagée par rapport aux sanctions traditionnelles. Un seul phénomène se dégage de cette étude : la dissociation entre l'adaptation et les sanctions traditionnelles : la nullité et la résiliation. De plus en plus, le contrat subsiste et son adaptation s'impose. Ce n'est que lorsque nous aurons, dans ce titre, montré cette sorte d'« évasion » des sanctions traditionnelles que nous pourrons, dans un deuxième titre, procéder à une étude de l'adaptation en elle-même.

TITRE PREMIER : *Le phénomène de dissociation entre les sanctions traditionnelles et l'adaptation.*

TITRE II : *L'adaptation en elle-même.*

(2) R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse, Dijon, 1909, p. 170.

(3) *Ibid.*

TITRE PREMIER

LE PHENOMENE DE DISSOCIATION ENTRE LES SANCTIONS TRADITIONNELLES ET L'ADAPTATION

302. — L'étude du problème de la sanction des règles « économiques » consiste à se demander si les principes traditionnels de la sanction se trouvent adaptés à la nature de ces règles, et si l'aménagement plus ou moins légal du contenu contractuel ne va pas susciter l'émergence de principes nouveaux pour leur sanction.

Dans cette sorte d'investigation préalable, il nous faut reprendre une distinction que nous avons déjà négligé dans la première partie de notre travail : la distinction entre le contrat inadapté dès sa formation et le contrat inadapté du fait des modifications économiques survenues après.

Déjà, G. Ripert se demandait si l'expression de nullité convenait toujours pour sanctionner ces règles, puisque la plupart du temps le contrat survit simplement modifié (4). Au phénomène de la dissociation entre l'accord des volontés, instrument générateur du contrat, et le contenu de ce « contrat » que nous avons relevé (5), correspond, sur le plan de la sanction, une dissociation entre la nullité et le sort du contrat inadapté dès sa formation.

Or, la même dissolution s'observe entre la résiliation et le sort du contrat inadapté du fait des modifications économiques. Dans ce domaine, l'autonomie des règles concernant le contenu du contrat et celles concernant son existence est plus facile à déceler. Ainsi, de plus en

(4) *L'ordre public économique*, Mélanges Gény, *op. cit.*
(5) *Supra*, n° 93-124.

plus, la révision semble s'imposer comme la seule sanction du contrat inadapté aux modifications économiques postérieures. Le phénomène atteint sa perfection en droit égyptien avec la théorie de l'imprévision. Mais il ne se trouve pas moins sous-jacent dans la doctrine et la jurisprudence françaises. S'il importe de procéder à une étude de la sanction du contrat inadapté aux circonstances économiques par rapport aux sanctions traditionnelles, il faut donc envisager, tout d'abord, la sanction du contrat inadapté dès sa formation par rapport à la nullité et, ensuite, la sanction du contrat inadapté du fait de circonstances survenant lors de sa vie, par rapport à la résiliation.

CHAPITRE PREMIER : *Le phénomène de dissociation entre la nullité et l'adaptation.*

CHAPITRE II : *Le phénomène de la dissociation entre la résiliation et l'adaptation.*

CHAPITRE PREMIER

Le phénomène de dissociation entre la nullité et l'adaptation.

303. — Pour la doctrine du droit civil, il est un principe qui a valeur de dogme : c'est celui de la nullité du contrat contraire à la règle de droit. A côté des arguments logiques, cette doctrine invoque que la nullité est la plus conforme au but de la loi parce qu'elle donne le maximum de perfection.

C'était peut-être exact tant que l'on considérait pour mission de la loi uniquement la protection de la liberté et le développement de la volonté privée, et tant que le législateur se gardait de dépasser ce rôle en quelque sorte passif. Or, dès qu'on commence à voir dans les règles légales l'expression d'un certain ordre économique, même si cet ordre est basé sur la liberté économique et l'initiative privée, dès que le législateur prétend diriger les relations contractuelles et aspire à prendre en mains l'économie du contrat, la nullité ne reste pas à la hauteur de la nouvelle mission de la loi. On assiste à un phénomène de divorce entre la nullité et le but du législateur que constitue l'adaptation.

Les raisons pratiques de cette dissociation entre la nullité et l'adaptation se trouvent dans le cercle vicieux des théories de la nullité. Son fondement théorique se trouve dans la distinction entre les règles concernant la formation du contrat et les règles concernant l'aménagement de son contenu. Il nous faut donc envisager les raisons pratiques de la dissociation entre la nullité et l'adaptation (Section I) et son fondement théorique (Section II), avant de révéler ses manifestations dans la jurisprudence et la législation modernes (Section III).

Section I : *Les raisons pratiques de la dissociation : le cercle vicieux des théories de la nullité.*

SECTION II : *Le fondement théorique de la dissociation : la distinction entre les règles concernant la formation du contrat et les règles concernant son contenu.*

SECTION III : *Les manifestations de la dissociation : la sanction du contrat inadapté dès sa formation.*

SECTION I

LES RAISONS PRATIQUES DE LA DISSOCIATION : LE CERCLE VICIEUX DES THEORIES DE LA NULLITE

304. — Il convient tout d'abord de mettre en cause la théorie classique de la nullité, qui conçoit le contrat comme un organisme et la nullité en tant que qualité du contrat, ayant pour effet de l'anéantir, de supprimer tous ses effets. Or, depuis le début de ce siècle, on a pu présenter une « reconstruction » de la théorie de la nullité sur une base objective qui nie l'existence ou l'importance du contrat en tant que tel, et qui s'attache uniquement à façonner la nullité dans chaque cas particulier, selon le but de la règle de droit; la nullité, ce n'est que la sanction de la règle légale violée.

Deux possibilités nous étaient offertes pour confronter ces deux théories avec les exigences des règles du droit contractuel : ou bien présenter une analyse critique de chacune d'elles successivement, ou bien procéder d'abord à une schématisation des deux théories en cause et en faire ensuite une appréciation critique. Nous avons préféré la seconde voie, étant donné que les deux théories, malgré la divergence de leur point de départ, aboutissent, semble-t-il, aux mêmes résultats en ce qui concerne l'économie du contrat, et donc encourent les mêmes critiques.

SOUS-SECTION I : *Exposé des théories de la nullité.*

SOUS-SECTION II : *Appréciation critique des théories de la nullité.*

SOUS-SECTION I

EXPOSE DES THEORIES DE LA NULLITE

305. — Qu'il s'agisse de la théorie classique ou de la théorie moderne, il semble qu'il y ait un enchaînement entre les différentes modalités de la nullité : tout découle des principes qui sont à la base de chacune des deux théories, et ceux-ci ne sont que la projection des méthodes de la science juridique qui prévalait au temps de leur élaboration. C'est pour cela qu'au lieu de procéder à une comparaison

entre les deux théories à propos de chaque « stade » technique de la nullité, nous avons préféré traiter chaque théorie à part, afin de mieux faire ressortir la liaison entre la construction technique et l'état de la science juridique.

§ 1. — La nullité, manière d'être de l'acte juridique.

306. — Nous avons vu que la clé du contrat dans la doctrine classique était la philosophie individualiste libérale, qui était la croyance en cours à cette époque. Celle-ci donnait la place prédominante, dans la technique contractuelle, à la volonté : la force du contrat se soutient par l'unité établie entre les deux notions. Tout l'effort de la doctrine consistait à explorer cette unité qui distingue le contrat, acte juridique, des faits juridiques (6).

Si le Code civil contient un droit contractuel, il s'agit de lois supplétives ou interprétatives qui, bien loin de restreindre l'autonomie du vouloir humain, ont au contraire pour unique fin d'en multiplier l'efficacité sur une « présomption de volonté » (7). Si ce droit renferme quelques dispositions d'ordre public, celles-ci sont exceptionnelles et en tant que telles ont besoin d'une justification : on s'efforçait d'en découvrir un but de sauvegarde des libertés individuelles. Ainsi, le droit contractuel ne se dresse pas contre les effets qu'entend créer la volonté, puisque c'est lui qui confère à celle-ci le pouvoir de les produire.

L'acte de volonté est devenu, de la sorte, le point de croisement de toutes les initiatives légales (8). Les obligations contractuelles « existent indépendamment de la loi qui n'intervient, après leur naissance, que comme un fidéjusseur tout-puissant pour en garantir l'exécution » (9).

Dans cette optique, il n'est pas surprenant que, lorsqu'on envisage l'élaboration d'une sanction du droit contractuel, on le cherche d'une part au sein même du contrat, de l'acte juridique, tout en laissant de

(6) L'acte juridique est une manifestation de volonté humaine faite en vue de produire un effet de droit. Gounot, proposa comme critère le pouvoir créateur de la volonté individuelle : l'acte juridique est celui dont les conséquences sont non seulement voulues, mais dessinées, aménagées par son auteur.

Cette conception aboutit à nier l'existence de l'acte juridique chaque fois que le contenu d'un acte est régi par des règles dispositives ou que la liberté des parties se limite sur certains points à l'acceptation d'un statut. Aussi il n'est pas étonnant que la conception nouvelle fait résider le critère de l'acte juridique dans la relation nécessaire qui unit la volonté de l'agent à l'effet du droit (cf. en ce sens, De la Mouette, *L'acte juridique unilatéral*, Thèse Toulouse, 1949, n° 6 ; Hébraud, Encyc. Dall. acte, n°s 13 et 14, p. 64 ; F. Terré, *op. cit.*, n°s 206 et s. ; Marty et Raynaud, *op. cit.*, T. 1, n° 149 et note 2 ; cf. *supra*, n°s 110 et s.).

(7) Gounot, *op. cit.*, p. 86.

(8) G. Lutzesco, *Essai sur les nullités d'actes juridiques*, Thèse, Paris, 1938, p. 20.

(9) Touiller, cité par Julliot de La Morandière, *L'évolution moderne du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 128.

côté la règle juridique et que d'autre part on centre l'intérêt dans la formation du contrat en négligeant ses effets. De là, la théorie classique de la nullité.

L'organisation de la nullité pose trois problèmes : le fondement de la nullité (A), la nature de celle-ci (B) et la détermination de ceux qui pourront agir (C).

A. — Le fondement de la nullité.

307. — Pour la doctrine que nous exposons, on reconnaît la nullité à ce signe distinctif qu'elle a pour cause un fait existant dès le moment de la formation du contrat : la nullité a pour cause un vice originaire du contrat.

Certes, la rescision pour lésion a parfois été présentée par les auteurs (ou les textes) comme « la rétractation des obligations qui, bien que valables dans la rigueur du droit (blessent) cependant les règles de l'équité » (10), des obligations valables en elles-mêmes, « mais par suite (desquelles) on a éprouvé quelque lésion » (11). Mais, cela semblait pour la plupart des auteurs, une conception subtile et purement théorique : la disproportion des valeurs échangées, comme les vices du consentement que cette disproportion peut faire présumer, existe originairement (12), c'est-à-dire dès la formation du contrat.

La nullité est l'état d'un contrat qui ne remplit pas, originairement, certaines conditions juridiques.

308. — Il est intéressant de constater que, dans cette doctrine, toute commande ou défense du législateur appartient aux conditions de formation du contrat. Ou bien l'accord des volontés remplit ces conditions et le contrat sera valable et produit tous ses effets, ou bien l'accord a un défaut dans l'une ou l'autre d'entre elles et le contrat sera nul et ne produit aucun effet; il n'y a pas de situation intermédiaire.

B. — La nature de la nullité.

309. — Il y a un enchaînement logique entre le fondement de la nullité et sa nature. Tant que la nullité a son fondement dans un vice originaire du contrat, elle s'attaque bien moins à tel ou tel effet du contrat qu'à l'entité abstraite qu'il constitue, en vue de supprimer l'idée même de son existence. « C'est au moment où le contrat se forme qu'il est atteint de vice. C'est la raison pour laquelle on le dit nul, c'est-à-dire sans existence juridique » (13).

(10) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, T. IV, 5e éd., 1902, p. 408.
(11) *Idem*, p. 412.
(12) R. Japiot, *op. cit.*, p. 15.
(13) De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, n° 777, cité par El Charkaoui-Gamil, *Théorie de la nullité de l'acte juridique en droit civil égyptien*, Le Caire, 1956, p. 71, note 1.

On conçoit le contrat comme une réalité objective que la nullité vient anéantir. La nullité n'est qu'une qualité de cette réalité. Elle est une manière d'être du contrat infirme qui empêche celui-ci d'exister légalement et de produire ses effets.

310. — Les auteurs classiques n'osent se passer des règles extraites plus ou moins directement de la loi; on veut tout trouver dans le code comme s'il avait pu tout prévoir et tout dire. Pour eux la nullité se divise en une série de compartiments bien étroits, où on fait rentrer toutes les hypothèses (14). Ainsi, on s'imagine que, dans la réalité des faits, l'acte est un organisme qui vit et meurt, souffre et guérit.

Le contrat vit quand il réunit les éléments essentiels à son existence, bien que lui fassent défaut certaines conditions non essentielles à cette existence : il vit, mais il est infirme. Par contre, il est mort-né quand il ne réunit pas les éléments en l'absence desquels il est impossible de concevoir son existence : il n'est pas seulement infirme, mais il est sans aucune existence juridique. A ces deux hypothèses correspondent deux catégories de nullité : nullité relative et nullité absolue (15).

311. — Toutefois, la théorie classique ne manque pas d'utiliser la notion d'ordre public « pour marquer une opposition de plus entre ces deux catégories : d'un côté la nullité absolue et l'ordre public sont inséparables, de l'autre côté la nullité relative n'intéresse pas l'ordre public, elle n'est que d'intérêt privé » (16).

312. — La nullité absolue a existé de tout temps par la force des choses. En revanche, l'annulabilité est née d'une procédure créée par le prêteur romain pour protéger certaines personnes contre des actes que le droit civil reconnaissait valable : la restitution *in integrum* (17). L'article 1117 du Code civil français dispose que la « convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision... ». La loi oppose ainsi les cas où la nullité donne seulement lieu à une action en nullité aux cas où le contrat est nul de plein droit, et reconnaît expressément l'existence de deux catégories. Dans la première catégorie, elle cite les vices du consentement, cas où la volonté existe mais où elle est imparfaite. Par là même, le texte implique que cette catégorie, n'est en effet qu'une exception à la deuxième qui constitue la règle générale : celle-ci doit donc renfermer toutes les causes de nullité qu'édictent les articles 1128, 1129, 1130 C.C. (concernant les

(14) F. Drogoul, *Essai d'une théorie des nullités*, Thèse, Paris, 1902, pp. 121 et s., n°s 128 et s. ; Japiot, *op. cit.*, p. 123.

(15) Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, T. VIII, 2e éd., Paris, 1936, n°s 261 et s. ; R. Japiot, *op. cit.*, p. 128.

(16) R. Japiot, *op. cit.*, pp. 301 et s.

(17) E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 142.

éléments du contrat énumérés dans l'art. 1108 C.C.) (18), et toute disposition impérative ou prohibitive n'entraînant pas la nullité relative.

Dans la nullité absolue, le contrat n'a pas d'existence juridique. Dans la nullité relative, le contrat n'a qu'une existence provisoire qui lui permet de produire ses effets jusqu'à son annulation. Sans doute, ces effets seront rétroactivement anéantis par l'annulation, mais le fait n'en est pas moins à considérer : il différencie nettement ce contrat du contrat radicalement nul, qui n'a jamais vécu d'une vie juridique, même incertaine. C'est pourquoi le juge a un rôle tout différent, selon qu'il s'agit d'une nullité absolue ou d'une nullité relative. Dans le premier cas, il n'a qu'à constater la nullité sans rien ajouter. Dans le deuxième, il doit apprécier toutes les circonstances de la cause et sa sentence est la véritable source d'annulation (19).

C. — Le droit d'agir.

313. — La nature de la nullité détermine le droit d'agir. Le régime de la nullité est une mathématique qui épouse tous les problèmes soulevés par l'organisation de la nullité. Toutes les questions forment un bloc. D'un côté, la négative : pas d'existence, avec un sous-titre : aucune limitation quant aux personnes, pas de confirmation. De l'autre, l'affirmative : existence provisoire, et un sous-titre : la limitation aux personnes protégées, la confirmation.

Pour la nullité absolue (20), étant en présence d'un véritable néant juridique, toute personne peut faire tomber l'apparence de vie que présente le contrat incriminé, et détruire ainsi l'obstacle qu'il pourrait opposer à ses intérêts. Les parties ne peuvent le valider en aucune manière par la confirmation.

La nullité relative (21) se présente, au contraire, avec des conséquences toutes différentes. Elle est organisée comme une mesure de protection pour une personne déterminée. La seule qualité d'intéressé n'est pas un titre suffisant pour agir en nullité. Le droit d'agir est réservé à la personne protégée; ce n'est que vis-à-vis d'elle que le contrat en question présente quelque vice propre à en amener la destruction. Et de même que cette personne a le pouvoir d'annuler le contrat, de même elle a le droit de le tenir pour parfaitement valable par une confirmation expresse ou tacite.

(18) Selon cet article, « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, la capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation ». Toutefois, l'existence de la capacité dans l'article qui énumère les éléments du contrat n'est pour cette doctrine qu'une intruse que le code, indulgent, a bien voulu laisser passer ; son défaut n'entraîne que la nullité relative, art. 1125 C.C.F. (cf. Drogoul, *op. cit.*, pp. 95 et s.).

(19) F. Drogoul, *op. cit.*, pp. 211 et s.

(20) F. Drogoul, *op. cit.*, pp. 60 et s.

(21) *Idem*, pp. 62 et s.

§ 2. — La nullité, sanction de la règle juridique violée.

314. — Par la révolution qu'elle opère dans les méthodes d'interprétation, depuis la fin du siècle dernier, la science juridique se rend mieux compte que les règles juridiques n'ont pas leur fin dans le vouloir humain, dans des droits subjectifs de l'individu, mais dans les principes de la justice ou de l'intérêt général (22). D'ailleurs, elle se méfie de la logique pure et cherche à donner une place plus large au bon sens dans le raisonnement juridique.

Tout cela n'a pas été sans influencer le régime de la nullité. Depuis le début de ce siècle, le but de la règle légale et le milieu pratique ont attiré l'attention des juristes qui traitent la matière : on a pu présenter un système complet en fonction de ce but et de ce milieu.

Japiot observe que les lois n'inventent pas les nullités « pour simplement instituer des formes nouvelles d'actes juridiques différentes de la validité »; elle les prévoient « pour la raison d'être d'assurer l'observation de la règle qu'elles sanctionnent, et si l'on passe outre, de réparer le mieux posible cette violation en prescrivant contre les conséquences de celle-ci les intérêts que la règle était destinée à protéger » (23). Il en résulte nécessairement qu'au lieu d'organiser la nullité pour elle-même, il faut l'envisager « comme un accessoire des règles juridiques » (24). Ce sont ces règles qu'il faut étudier, car il est nécessaire d'analyser attentivement le mal et ses causes, pour connaître le remède à employer; il faut pénétrer intimement le but de ces règles, les intérêts qu'elles visaient à défendre (25).

A. — Le fondement de la nullité.

315. — Que la nullité ait pour cause, dans la théorie classique, un vice originaire du contrat, que ce vice consiste dans le manque d'une condition lors de la formation du contrat, la théorie moderne n'en conteste pas l'exactitude (26). Seulement, selon cette dernière, chaque condition est liée à la réalisation d'un but qui a déterminé son exigence, à des intérêts qu'elle a en vue de sauvegarder par une série d'effets que la loi y rattache. On arrive ainsi à établir une indépendance complète entre les diverses conditions, correspondant à l'indépendance des buts que poursuit le législateur par l'attachement de certains effets (27).

(22) Gounot, *op. cit.*, pp. 99 et s.
(23) *Op. cit.*, p. 166.
(24) *Ibid.*
(25) *Idem*, p. 167.
(26) Cf. R. Japiot, *op. cit.*, pp. 14 et 15, 178 et s. ; Haluk Tandogan, *La nullité, l'annulabilité et la résiliation partielle des contrats*, Thèse, Genève, 1952, Lausanne, n° 25.
(27) F. Drogoul, *op. cit.*, p. 206 ; J. Piedlièvre, *Des effets produits par les actes nuls*, Thèse, Paris, 1911, p. 410 et s., notamment p. 417.

« Si certaines conditions manquent, les effets liés à ces conditions sont supprimés par la loi. Cela n'implique pas que si les autres conditions sont réunies, les autres effets qui y sont liés soient aussi manqués. Tout ce que veut la loi, c'est supprimer la partie spéciale de l'acte qui lui paraît néfaste, mais s'il est possible de conserver les autres parties, elle ne s'y oppose pas » (28).

316. — La différence entre les deux théories est donc la suivante : tandis que, dans la théorie classique, le vice du contrat l'entâche tout entier et l'empêche de produire aucun effet, dans la théorie nouvelle le vice n'atteint que l'effet correspondant à la condition manquée : « C'est pour avoir méconnu l'indépendance des diverses parties de l'acte, pour avoir solidarisé en un bloc différents points de vue qui devaient être soigneusement distingués, que les auteurs traditionnels nous paraissent sujets à critique » s'exprime Drogoul (29).

B. — La nature de la nullité.

317. — On peut déjà pressentir la nature de la nullité. On « déplace le centre de gravité du problème du contrat infirme à la règle de droit violée. A l'idée que la nullité est une qualité du contrat (on) substitue une conception objective de la nullité : la nullité est la sanction de la règle légale, et c'est de la nature de cette règle qu'il faut déduire le but et le régime de la nullité... » (30). Dire que la nullité est une qualité du contrat ou une manière d'être de celui-ci aboutit nécessairement à l'anéantissement du contrat et la suppression de tous ses effets dès l'absence d'une condition quelconque exigée par la loi. Une telle conception est contredite par l'indépendance des conditions et des effets correspondants qu'on établit en pénétrant le but des règles légales et leur raison d'être (31). Japiot constate, en outre, que « la nullité qui, théoriquement, frappe l'acte à raison d'un vice originaire et le rend *ab initio* impuissant à produire des effets juridiques, pratiquement intervient dans un milieu tout différent, extrêmement complexe, bien mal préparé parfois à la recevoir » (32).

318. — Pour arriver à ce résultat, il était nécessaire de considérer la nullité comme s'attaquant moins à une entité abstraite, à savoir le contrat, qu'à ses manifestations objectives, à ses effets; on n'y a pas manqué : « Ce n'est qu'exceptionnellement que l'acte peut avoir, et en tant qu'abstraction, une valeur véritable : il faut pour cela que son but essentiel soit de caractère idéal... (comme) dans le mariage, que l'on contracte en vue de son existence abstraite et qu'inversement l'on peut attaquer en vue de supprimer l'idée même de son exis-

(28) Drogoul, *op. cit.*, p. 207.
(29) *Idem*, p. 208.
(30) Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, T. II, n° 133.
(31) Japiot, p. 175.
(32) *Ibid.*

tence » (33). Or, pour la masse des actes juridiques patrimoniaux, il s'agit d'actes qui n'ont pas d'autre but que de produire des effets de droit, et de les produire pratiquement par leur exécution. L'acte juridique n'est donc qu'un moyen; ce qui existe plus réellement, ce sont ses effets (34).

C'est pourquoi cette doctrine considère la nullité comme « inefficacité » du contrat dès qu'une seule des conséquences morales du contrat fait défaut, pour une cause contemporaine ou antérieure à sa passation, il y a par là même une inefficacité très limitée ici dans son objet; elle augmentera d'étendue jusqu'à devenir complète à mesure qu'augmentera le nombre des effets supprimés. Mais elle ne changera pas pour autant de nature : ce sera toujours une inefficacité (35). Certes, l'acte peut n'être contraire à la règle légale que par les effets propres d'une certaine partie des clauses qu'il comporte, et il serait tout de même nul tout entier. Mais, si l'acte est nul dans son ensemble, ce n'est que par suite d'un lien d'indivisibilité résultant de ce que la volonté des parties a rattaché chaque clause aux autres (36).

319. — Or, si la nullité est une inefficacité juridique, et si elle peut ainsi jouer « un rôle préventif » dans le domaine du droit, elle apparaît dans le domaine du fait sous la forme beaucoup moins absolue d'un droit de critique accordé aux individus, ou plus exactement d'un moyen qui leur permet d'exercer leurs droits, maintenus intacts en dépit des apparences par l'effet de la nullité. La nullité, comme la validité, se ramène pratiquement à la théorie du droit de critique (37).

A ce point de vue, les auteurs sont d'accord pour reconnaître l'unité de la notion de nullité. « Il n'y a plus... ni nullité absolue, ni nullité relative... Il y a nullités. Chacune d'elles voit ses effets restreints au but que la loi a poursuivi en prescrivant la condition qu'elle sanctionne (38).

320. — Toutefois, si les premiers critiques avaient proposé d'abandonner toute classification et toute construction et de laisser le juge décider de chaque cas de nullité d'après les circonstances, Japiot et ceux qui l'ont suivi ne sont pas d'accord qu'il faille supprimer toute classification, étant donné l'insécurité qui en résulte. Seulement, pour eux, « les compartiments » de la nullité demanderaient à être multipliés et assouplis. Ils comparent l'intérêt général à l'intérêt privé et,

(33) Japiot, *op. cit.*, p. 294.

(34) G. Lutzesco, *op. cit.*, pp. 256 et s. ; E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 146 ; Ch. Bertrand, *La notion d'ordre public en matière de nullité*, Thèse Lille, 1939, p. 29.

(35) *Ibid.*

(36) *Idem.*, p. 328.

(37) *Idem.*, p. 44, E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 147.

(38) F. Drogoul, *op. cit.*, p. 209 ; cf. E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 146. Cf. R. Japiot, *op. cit.*, p. 294.

dans chaque cas, ils constatent une gradation ou subdivision d'intérêts (39).

C. — Le droit d'agir.

321. — C'est encore une fois la notion du but qui détermine le droit d'agir dans chaque cas particulier, sans qu'il soit possible de le déterminer *a priori* (40). Pour déterminer les personnes auxquelles appartiennent le droit de critique, il faut rechercher pourquoi ce droit existe, et adapter aux exigences du milieu pratique les conclusions auxquelles cette considération conduirait en logique pure (41).

En principe, si le motif est d'ordre particulier, seules auront ce droit les personnes dont la loi a pris l'intérêt en considération, en établissant la nullité. Si le motif est d'ordre général, on sera conduit à étendre ce droit à tous sans exception (42). Cependant, si une nullité procède d'une idée de défaveur à l'égard d'une personne, si elle est créée contre elle et se présente comme une sorte de pénalité civile, la personne visée ne pourra en principe s'en prévaloir au détriment de tous; elle sera exclue du domaine de ceux qui ont le droit d'agir (43) (44).

De même, le contrat menacé peut avoir son plein effet par la confirmation toutes les fois que le but visé par le législateur se trouve rempli, soit que la condition absente se trouve suppléée, soit que la nécessité de cette condition ait disparu.

S'agissant d'une faculté accordée plus ou moins largement aux individus de critiquer le contrat, la confirmation est considérée comme opérant sur ces droits de critique. Par cela même, on conçoit qu'elle n'ait plus nécessairement un caractère absolu, puisqu'elle peut opérer à l'égard de certains de ces droits sans toucher aux autres (45). D'autre part, la confirmation étant une application du principe de l'autonomie de la volonté, elle reste impuissante lorsqu'elle tendrait à porter atteinte à l'ordre public (46).

(39) R. Japiot, *op. cit.*, pp. 544 et s.

(40) F. Drogoul, pp. 219 et s., 235 et s., 256 et s.

(41) R. Japiot, *op. cit.*, p. 534 ; Gaudemet, pp. 166 et s.

(42) Ch. Bertrand, *op. cit.*, p. 42.

(43) R. Japiot, p. 621 ; Ch. Bertrand, *op. cit.*, pp. 44 et s.

(44) Il est à remarquer qu'avec cette théorie, la question se pose de déterminer les sujets passifs de l'action en nullité. La nullité se traduit par un droit de critique. Or, de même qu'il y a des personnes qui ne peuvent, en certains cas, exercer ce droit, de même on conçoit qu'il y en ait contre lesquelles il ne pourra être exercé (Japiot, pp. 531 et s. ; E. Gaudemet, *op. cit.*, pp. 169 et s.).

(45) R. Japiot, *op. cit.*, pp. 711 et s. ; Ch. Bertrand, *op. cit.*, p. 57 ; E. Gaudemet, p. 170.

(46) R. Japiot, *op. cit.*, p. 748.

Sous-Section II

APPRECIATION CRITIQUE DES THEORIES DE LA NULLITE

322. — Tels sont les deux systèmes qu'on a édifiés pour la sanction du droit contractuel : la nullité manière d'être et la nullité sanction; d'un côté, l'analyse du concept du contrat, et de l'autre l'analyse de la règle juridique. Il reste à apprécier leur valeur respective du point de vue des exigences de la technique juridique et du point de vue de la sanction de l'ordre économique.

La nullité sanction paraît, au premier regard, infiniment plus adaptée au service du droit contractuel. Puisqu'elle déplace le centre de gravité du problème du contrat infirme à la règle du droit violé, le régime de la nullité apparaît comme « un ensemble de règles techniques au service d'un but : un système technique qui doit être suffisamment simple pour épouser les exigences de la règle légale (47) ». Cependant à regarder les choses de plus près, cette conception semble non moins décevante que la conception classique. Si la nullité sanction épouse suffisamment les exigences de l'ordre économique nouveau sur le plan des titulaires de l'action, le plan véritable de ces exigences est celui des résultats de l'action qui reste nécessairement, dans cette théorie comme dans toute autre théorie de la nullité, l'inefficacité des effets juridiques (§ 1).

De même nous avons vu dans le contrat deux pôles permanents : l'acte juridique, élément conceptuel, et l'ordre économique, élément fonctionnel. Si la théorie de la nullité, manière d'être, exagère l'importance de l'élément acte juridique, la nullité-sanction néglige tout à fait l'existence de cet élément, ce qui l'éloigne de la réalité de la technique juridique (§ 2).

§ 1. — La nullité sanction et les exigences de l'ordre économique.

323. — La conception de la nullité-sanction prétend mieux répondre aux exigences du nouvel ordre économique : en unissant la détermination des agents qui pourront agir en nullité à la nature de la règle violée ou plus précisément à son but, elle permettra une mise en œuvre plus efficace de cet ordre.

Dans la théorie classique, le droit d'agir ouvert à tous résulte de la nature des choses, lorsque le contrat est nul d'une nullité d'ordre public (nullité absolue). Celui-ci étant le néant, « la nullité peut être invoquée par tout intéressé ; pour la même raison, il est impossible que le juge tienne compte de l'acte : il doit « déclarer l'inexis-

(47) Farjat, n° 384.

tence d'office... le ministère public doit, lui aussi... faire ressortir l'inexistence de l'acte (48) ». Or, la nullité absolue est le régime de droit commun : toute violation des règles de l'ordre public entraîne la nullité absolue et ouvre l'action à tout intéressé, sauf disposition contraire.

Dans la théorie moderne, « le seul élément fondamental de solution ne peut être que la considération même du motif en vertu duquel la loi consacre la règle sanctionnée par la nullité. Pour déterminer les personnes auxquelles ce droit appartient, il faut rechercher pourquoi ce droit existe (49) ». Cette vision paraît séduisante à deux égards : elle permet de nuancer la solution en ce qui concerne le droit d'agir (A) ; elle permet, en outre, d'exclure du cercle des intéressés celui contre qui la nullité est dirigée (B).

A. — Le droit d'agir et le but de la nullité.

324. — Il y a dans l'ordre économique nouveau — selon la théorie moderne — une dualité qui justifie la répartition en deux catégories les nullités en ce domaine. « L'intervention n'a pas toujours eu le même sens ; il y a eu, dans l'ordre public économique, deux nappes successives (50) ». « L'ordre économique de protection (qui se ressent encore de l'individualisme) n'a pas d'autre but que de protéger dans certains contrats la partie économiquement la plus faible », le travailleur, le fermier, l'usager, le consommateur, le débiteur. « L'ordre public de direction se propose de concourir à une certaine direction de l'économie nationale, en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait le contrarier ». D'un tel ordre public, le droit contemporain fournit des exemples dans la législation des prix, l'ordre public monétaire et la réglementation de change.

S'il s'agit des règles de direction, l'action doit être accordée à tout intéressé : « il s'agit de multiplier les chances de dénonciation de l'illicite, de créer l'insécurité pour les contractants (51) ». Au surplus, la règle étant d'intérêt général, ne visant pas tel individu mais l'ensemble de la société, « pour assurer la défense de celui-ci, l'action de nullité est comme une sorte d'action populaire, donnée à tout intéressé (52) ». Au contraire, s'agit-il des règles de protection, seul le protégé aura le droit de dénoncer la violation de la loi ; « si celui qui pouvait se plaindre est satisfait du contrat, pourquoi l'autre aurait-il le droit de faire annuler le contrat (53) » ?

(48) Japiot, *op. cit.*, p. 583.

(49) *Idem.*, p. 534.

(50) Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, T. 2, n° 115. Sur les réserves qu'on peut apporter sur cette distinction, voir Farjat, *op. cit.*, n°s 157 et s.

(51) Farjat, *op. cit.*, n° 392.

(52) P. Esmein, note sous Nancy, 11-2-1931, S. 1932.II.97. Cf. Japiot, p. 307.

(53) Ripert, *L'ordre public économique*, Mélanges Gény, n° 8, p. 325.

325. — Pourtant, on ne saurait admettre qu'il existe une séparation étanche entre l'intérêt économique général et l'intérêt économique particulier. La plupart du temps, la règle paraît à finalité multiple, implique la défense de plusieurs intérêts. C'est le plus souvent par l'intermédiaire de la protection de quelques intérêts particuliers que la règle protège en définitive l'intérêt général. « Toute règle légale a par un côté un intérêt social, car elle tend dans sa sphère à organiser de la façon la plus juste et la plus étroite les rapports qu'elle réglemente et elle concourt ainsi pour sa part à faire régner l'ordre dans la vie du corps social (54) ».

En effet, « on ne saurait sérieusement, relève M. Bredin, contester que des lois d'intérêt public puissent protéger des intérêts privés ou collectifs mais non généraux. L'hésitation de certains juristes à l'admettre provient d'une confusion entre le but de la loi, qui est toujours de satisfaire l'intérêt général, et son objet, qui peut être de défendre des intérêts particuliers dont la lésion porterait préjudice à tout groupe social (55) ».

Le phénomène ne peut être mieux illustré que par les mesures de taxation. Il est facile de découvrir, avec la législation de taxation une satisfaction de l'intérêt général par la défense des intérêts particuliers. Elle est à la fois destinée à protéger les consommateurs et à diriger l'économie. Législation de protection, il eût convenu d'accorder le droit d'agir au seul protégé ; législation de direction, il fallait au contraire accorder ce droit à tous, afin de multiplier les chances de dénonciation de l'illicite. Quelle solution adopter ?

S'agit-il, dans la réglementation de l'usure, de dispositions de protection ? Toutefois, le décret-loi de 1935 (en France), qui a établi ces dispositions, répondait à un but de direction économique : opérer la déflation sous tous ses aspects, aussi rapidement que possible. Et la répression de l'usure n'a-t-elle pas un but plus général, tout autant d'ordre économique : « éliminer le mauvais crédit, décourager les prêts hasardeux qui sont socialement indésirables encore que le fait que l'intérêt stipulé puisse y apparaître comme justifié en soi par le risque considérable que court le prêteur (56) » ?

Le taux du loyer n'est-il pas une mesure de protection ? Mais n'appartient-il pas cependant à une politique d'ensemble ?

326. — Dans tous ces cas, où se discerne au-delà de l'objet de la règle, qui est des intérêts particuliers, un but d'intérêt général, il est impossible de déterminer les agents qui peuvent agir en nullité, en fonction du seul but de la règle violée. La logique de la théorie

(54) Japiot, *op. cit.*, p. 305. Cf. Mazeaud, *Leçons, op. cit.*, T. 2, n°s 299 et s., notamment n° 315 ; G. Lutzesco, *op. cit.*, p. 266.

(55) *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français*, Travaux de l'Association H. Capitant, T. XIII, Paris, 1963, p. 376.

(56) Carbonnier, R.T.D.C., 1943, pp. 123 et s.

moderne aboutit donc au même résultat que la théorie classique ; l'ouverture de l'action en nullité à tout intéressé.

B. — L'exclusion d'un intéressé et le but de la nullité.

327. — Pratiquement, la faculté d'agir en nullité est abandonnée aux parties en toute opportunité : on ne tient pas compte des mobiles qui les animent, lorsqu'ils agissent ou s'abstiennent d'agir. C'est pourquoi on risque fort de voir les intéressés requérir la nullité, uniquement pour se délier de leurs engagements et pour se soustraire de la sorte aux impératifs de l'ordre économique. La nullité risque alors d'être détournée de son but propre.

328. — Le phénomène a été relevé à propos des mesures de taxation. On a constaté que, dans la plupart des espèces relatives à la législation de taxation, la nullité du contrat est requise, non par l'acheteur que la législation a voulu protéger et par là même l'intérêt général, mais par le vendeur qui, lui, a exigé un prix illicite et contre qui la loi est dirigée. « Bien sûr, il ne s'agit pas de repentir ; c'est qu'avec le temps, l'opération, bien que conclue au dessus de la taxe, s'est révélée moins profitable qu'il n'avait paru au premier abord, du fait de la dépréciation monétaire, ou même de la plus grande rareté du produit vendu (57) ». Ainsi, le vendeur obtiendra, en demandant la nullité, la restitution de son bien, ce qui lui permettra de spéculer et d'obtenir un meilleur profit. N'est-ce pas sacrifier l'intérêt de l'acheteur qui préfère peut-être la chose coûte que coûte, et l'intérêt général, que d'ouvrir au vendeur la voie de nouvelles spéculations ? N'est-ce pas enlever à la règle toute utilité réelle, dans toutes les finalités qu'elle vise ?

329. — La théorie moderne est consciente du problème qui se pose ici et croit fournir la solution en préconisant l'exclusion du domaine des titulaires de l'action de celui contre qui l'action est dirigée. Pour Japiot, « c'est en effet un principe d'équité élémentaire que nul ne peut se prévaloir de son dol — au sens large — contre celui qui a été la victime ; plus exactement, c'est un principe de raison que nul ne doit pouvoir invoquer à son profit et au détriment d'autrui une règle de droit qui a été établie dans une idée de défaveur à son égard (58) ». De son côté, M. Carbonnier relève, à propos de notre exemple, combien il paraît peu rationnel d'ouvrir la nullité au vendeur, qui, sauf exception, a à se reprocher une faute essentielle contre l'ordre public et préconise de l'exclure, sa faute étant plus grande que celle de l'acheteur (59).

(57) Farjat, *op. cit.*, n° 446.
(58) *Op. cit.*, p. 621.
(59) *Droit civil, op. cit.*, T. 2, n° 118, p. 396.

330. — Mais assurera-t-on ainsi mieux l'engagement de l'action de nullité ? Après l'exclusion du vendeur, pourra-t-on dénoncer la violation de la législation à propos du contenu du contrat ?

En effet, l'action ne sera jamais engagée par le protégé, qui préférera conserver le bénéfice du contrat, sauf si, par extraordinaire, celui-ci s'est transformé à son désavantage. On vient de le voir à propos de la taxation. N'est-ce pas condamner la règle de droit à l'inefficacité ? N'est-ce pas encore une fois sacrifier les intérêts que le système prétend satisfaire ?

331. — Qu'il s'agisse de la nullité conçue comme une manière d'être du contrat ou de la nullité conçue comme une sanction de la règle juridique violée, on n'arrive pas à assurer pratiquement l'efficacité des règles légales concernant l'économie du contrat. Ici, le problème ne se trouve pas dans la conception qu'on se fait de la nullité, mais dans la nullité elle-même comme système de sanction de ces règles. Ce qui assure l'efficacité de ces règles, ce n'est pas la nullité du contrat mais son adaptation, sa modification. Les différentes conceptions de la nullité étendent ou restreignent le cercle de ceux qui peuvent agir en nullité : cependant, elles ne peuvent empêcher que le résultat de la nullité soit toujours la suppression du contrat, au moins dans ses effets principaux.

Que la nullité soit une qualité de l'acte, dans la théorie classique, ou une sanction (plus exactement un droit de critique conféré à certaines personnes à l'égard du contrat), le résultat de l'action en nullité sera l'inefficacité des effets du contrat. Certes, contrairement à la théorie classique, qui fait de l'inefficacité totale un dogme, la théorie moderne établit l'indépendance entre les différents effets du contrat, de sorte que le vice qui en touche une des conditions ne saurait faire tomber que l'effet correspondant ; mais en pratique, l'effet principal du contrat constitue un ensemble et toutes les conditions du contrat sont indispensables pour qu'il se produise : il tomberait avec la nullité, dès que le vice attaque une des conditions qui sont à sa base.

Ce ne sont que des effets accessoires du contrat qui peuvent être sauvegardés de la nullité, et d'ailleurs en vertu d'autres principes juridiques. Toujours est-il que, lorsque la nullité intervient avant que le contrat soit exécuté, l'exécution ne pourra pas être demandée. Et lorsque le contrat a été exécuté, il faut remettre les choses en état, donc restituer les prestations. Seulement, la nullité ne va pas opérer « contre une situation acquise (60) ». Ici apparaissent certaines atténuations concernant les actes de l'incapable, les restitutions des prêts ou intérêts, ou d'autres concernant les tiers (61).

(60) G. Lutzesco, *op. cit.*, p. 325.

(61) E. Gaudemet, *op. cit.*, pp. 161 et s. Cf. J. Piedelièvre, Thèse précitée, pp. 467 et s.

§ 2. — La nullité et les exigences de la technique juridique.

332. — Nous avons vu comment l'exagération de la théorie classique a entraîné la théorie moderne à nier toute existence de l'acte juridique et toute division de la nullité. Toutefois, ramenées à leurs justes limites, l'existence de l'acte juridique (A) et la division de la nullité (B) semblent être deux exigences de la technique juridique.

A. — La nullité et l'existence de l'acte juridique.

333. — La conception nouvelle prétend que la nullité s'attaque aux effets juridiques : il y a des effets qui sont conformes à la règle du droit, ils sont valables, ils ont une efficacité complète ; il y a des effets qui sont contraires à cette règle, ils sont nuls, ils sont inefficaces. Toutefois lorsque cette théorie envisage la cause de la nullité, elle admet avec la théorie classique qu'elle est un vice originaire de l'acte, le manquement à l'une de ses conditions. Bien plus, ses auteurs n'hésitent pas à attribuer les effets valables ou efficaces à l'acte juridique, comme le fait la doctrine opposée ; il est leur source ou leur cause.

La source de la validité et de la nullité est le contrat *in se*. Comment donc rattacher la nullité aux effets juridiques, alors que la source se trouve dans l'acte juridique lui-même (62) ? La nullité s'attaque donc nécessairement au contrat lui-même et non pas à ses effets.

334. — En effet, la critique est en rapport avec la tentative de nier l'existence de l'acte juridique. Or, la négation de celui-ci est liée à une forme absolue de conceptualisation de l'acte juridique, voyant en lui un organisme qui vit et meurt, souffre et guérit. Il n'y a donc dans ce langage, dit-on avec raison, qu'une fiction sans support réel. Mais les tenants de cette méthode n'exagèrent-ils pas lorsqu'ils disent que l'acte juridique n'est qu'« une ombre insaisissable », « une conception purement idéale » ? S'il faut absolument rejeter la comparaison d'ordre biologique dont la doctrine classique de la nullité avait coutume d'user, s'il ne faut voir dans les expressions employées par les auteurs classiques que des images, il n'en est pas moins vrai que l'acte juridique reste une réalité d'ordre juridique que la nullité vient anéantir (64).

(63) Cf. Gamil Elcharkaoui, *op. cit.*, n° 23. « Cette conception laisserait supposer qu'à une diminution dans les effets pourrait n'en pas correspondre une autre dans l'acte lui-même. Cette solution se heurte, nous semble-t-il, au principe de causalité, et l'on ne comprend pas logiquement comment peut opérer un droit de critique contre des effets dont la source demeure intacte ; nécessairement les mêmes effets devaient se produire, malgré cette critique, qui, pour être féconde, doit découvrir la nature réelle des éléments juridiques susceptibles d'effets. » (Perrin (X) : *La conversion par réduction des actes juridiques*, Thèse Dijon, 1911, p. 137.)

(64) P. Kayser, *Nullité d'ordre public*, R.T.D.C., 1933, pp. 1115 et s. ; Gamil Elcharkaoui, *op. cit.*, n° 22.

335. — Toutefois, s'il faut absolument admettre que l'acte juridique est une réalité juridique il n'en est pas moins vrai que la nullité ne peut être une qualité du contrat. Il nous semble qu'il y a un paradoxe entre la nullité comme qualité du contrat et l'affirmation qui fait du contrat nul, un contrat inexistant. L'inexistant ne peut être, à notre avis, l'objet d'une qualité ; il ne peut avoir une manière d'être.

La contradiction ne s'élève que si l'on dit que la nullité est l'inexistence même du contrat, ou si l'on admet l'existence du contrat nul. Nous préférons la première attitude. En effet, c'est la négation de l'existence du contrat qui rend la nullité apte à remplir sa fonction : le contrat vise à produire des effets juridiques ; si l'on veut l'empêcher de produire ses effets, on doit admettre nécessairement son inefficacité, c'est-à-dire son inexistence (65). La nullité n'est donc, pour nous, qu'un terme juridique exprimant l'idée organique de l'inexistence ; il s'accorde alors parfaitement avec la qualification du contrat comme une réalité juridique.

336. — L'apparition de la notion d'inexistence ne se rencontre pas dans les travaux des premiers commentateurs du Code civil français ; tout au plus, on y trouve le mot employé pour mettre en relief le caractère rigoureux et radical de certaines nullités (66). Avec Demolombe, elle devient dans la doctrine française distincte et opposée en quelque sorte à la notion de nullité comme échappatoire à la règle « pas de nullité sans texte », que la doctrine affirmait en matière de mariage (67).

337. — Depuis lors, le domaine de l'inexistence n'a pas cessé de gagner d'étendue jusqu'à absorber, dans la dernière phase de son évolution, tous les cas de nullité absolue (68).

(65) Cf. Chehata (Chafik), *Cours de droit civil égyptien, op. cit.*, nos 89-92, où il est dit : « Le contrat nul est d'abord un contrat inexistant » et « La nullité n'est qu'une conséquence du droit découlant de l'inexistence. L'inexistence est la cause, la nullité est l'effet » (cité par Gamil Elcharkaoui, *op. cit.*, pp. 363 et s., note 5).

(66) Japiot, *op. cit.*, p. 121 et note 2 même page.

(67) Il y a des hypothèses où il semble inconcevable de maintenir un mariage et de lui conserver tous ses effets malgré le silence de la loi (mariage de deux individus du même sexe). Afin de remédier à ces hypothèses, la doctrine a été conduite à admettre la notion de l'inexistence pour tous les cas qui semblaient s'imposer au législateur en marge des textes des lois envisagées (Drogoul, *op. cit.*, pp. 138 et s.). Le contrat est inexistant lorsqu'il manque de l'un des éléments « en l'absence desquels il est logiquement impossible d'en concevoir l'existence » ; il est nul lorsqu'il manque d'un des éléments légaux (objet, cause) (*idem.*, pp. 145 à 161).

(68) A la vérité l'acte juridique ne se conçoit pas en logique pure, comme résultant nécessairement de certains éléments rationnels en dehors de toute conception légale ; il est toujours une création de la loi. Même dans le domaine des éléments qu'il semble rationnel d'exiger, cette rationalité n'est pas nécessairement tellement évidente qu'elle réduise à néant le rôle de la loi ; il n'est pas inutile que celle-ci la détermine (R. Japiot, *op. cit.*, p. 181). Ainsi, logiquement, on ne conçoit pas la différence de sanctions entre les deux cas d'éléments logiques

Dans ce système, de deux choses l'une : ou bien le contrat manque de l'un des organes nécessaires à la vie; c'est le mort-né : inexistence, ou bien il réunit tous les organes nécessaires, mais l'un d'eux est insuffisant : c'est l'infirme : annulabilité. Il n'y a pas ainsi de différence entre l'inexistence et la nullité absolue non pas au sens que les cas d'inexistence sont des cas de nullité absolue, mais parce que les cas de nullité sont des cas d'inexistence.

338. — Quant à nous, nous croyons voir dans tous les cas de nullité une inexistence : la nullité est pour nous l'inexistence même. Nous allons revenir sur la question (69). Il nous suffira maintenant de signaler que l'observation des faits ne révèle pas l'existence d'une limite entre le défaut d'un élément et son insuffisance, entre les conditions d'existence et les conditions de validité. Elle montre qu'on passe de l'un à l'autre par une série de nuances. Le domaine de la nullité est fonction de sa nature. La nullité ne se conçoit pas pour un acte existant.

B. — La division des nullités.

339. — La théorie moderne refuse toute systématisation et surtout la division de la nullité en nullité relative et nullité absolue et préconise de donner à chaque cas son régime, selon le but que la loi a poursuivi en prescrivant la condition sanctionnée par la nullité. N'est-ce pas semer le désordre dans la théorie de la nullité ? « C'est abandonner la légalité pour la simple opportunité (70). » Le fait que l'action peut être provoquée seulement par l'une des parties dans ce qu'on appelle la nullité relative correspond à quelque chose de réelle dans le régime de la sanction, qui est difficile à nier pour le besoin de la construction théorique.

340. — Ainsi, la doctrine reste fidèle à la classification de la nullité en deux catégories : nullité relative et nullité absolue. Pour les uns, la différence entre les deux catégories tient à ce que, dans la nullité relative, le vice est « voilé ou caché, inclus dans l'acte ». Il appartient à l'une des parties de le mettre au jour ou de le rejeter définitivement dans l'ombre (71). Dans la nullité absolue, le vice est externe ou apparent, de sorte qu'il n'exige pas l'intervention des contractants pour révéler leur état psychologique duquel dépend l'existence ou

et d'éléments légaux. « Que l'élément absent soit un élément de fait ou logique ou un élément légal, il a la même importance, par la force des choses dans le premier cas, par la volonté de la loi dans l'autre » (Gaudemet, *op. cit.*, 143). Ainsi disparaissent les uns après les autres, les cas de nullité absolue ; la notion d'inexistence les absorbe (cf. J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, Thèse, Lyon, notamment pp. 83 et s.).

(69) *Infra*, n°s 356 et s.

(70) Farjat, *op. cit.*, n° 452. V. aussi le même auteur, n°s 152 et 402 ; même sens, P. Esmein, note S., 1932, *loc. cit.*

(71) R. Saleilles, *La déclaration de la volonté*, Paris, 1901, p. 355.

l'absence du vice (72). De là la limitation du droit d'agir aux contractants dans la première catégorie et son extension à tous ceux qui ont intérêt dans la seconde (73).

Pour les autres, « la différence entre les inefficacités ne tient pas au degré d'apparence de l'acte, mais à l'importance de la règle violée et au but poursuivi par le législateur... (74 ».

341. — Cependant, il n'en est pas moins exact que la théorie classique exagère lorsqu'elle pousse la distinction jusqu'à la nature même de la nullité. Il semble contraire à la logique que le contrat frappé de nullité relative jouisse d'une existence provisoire jusqu'à son annulation par le juge et qu'il disparaisse avec ses effets depuis le jugement avec un effet rétroactif : considérer le contrat comme inexistant doit être fondé sur une cause concomitante à sa formation ; la nécessité de rattacher la conséquence à la cause, le fait que la nullité ne fait que déclarer un vice originaire, impliquent que le contrat n'a jamais existé, même provisoirement (75).

342. — La théorie moderne de la nullité comme la théorie classique n'a pas réussi à donner une explication du fait que dans les cas qu'on nomme nullité, l'action ne peut être intentée que par l'une des parties contractantes à l'exclusion de l'autre. En effet la difficulté ne se trouve pas dans la conception qu'on se fait de la nullité, mais dans l'inopportunité de celle-ci pour sanctionner une certaine catégorie des règles juridiques dont la nature et l'objet s'opposent à de telles sanctions.

On comprend bien maintenant pourquoi la nullité est irréductible aux exigences de l'économie du contrat. Nous pouvons tourner et retourner le système, nous n'en tirerons rien tant que sa fonction est de détruire et non pas d'adapter ou de corriger. Mais si l'on veut maintenir le terme de nullité, il est facile de démontrer que la sanction du droit contractuel ne peut être édifiée sur cette base unique.

Section II

LE FONDEMENT THEORIQUE DE LA DISSOCIATION : LA DISTINCTION ENTRE LES REGLES CONCERNANT LA FORMATION DU CONTRAT ET LES REGLES CONCERNANT SON CONTENU

343. — Jusqu'ici, nous n'avons envisagé que le problème de la nullité du contrat ; en raison d'une erreur courante dans la doctrine

(72) Gamil Elcharkaoui, *op. cit.*, n° 135.
(73) *Idem.*, n° 131 et les auteurs cités, note 1, p. 371.
(74) Bertrand, *op. cit.*, pp. 38, 50 et s.
(75) Gamil Elcharkaoui, *op. cit.*, 130.

l'étude de la nullité épuise le problème de la sanction du contrat entâché d'un vice quelconque dans sa formation. Or, la nullité du contrat fait obstacle à ce que les règles qui déterminent le contenu du contrat trouvent une sanction efficace ; elle passe complètement à côté de la question ; elle ne nous apprend rien de convaincant en ce qui concerne les situations où la loi n'entend pas détruire le contrat, mais seulement imposer aux parties un certain aménagement de leurs droits et obligations respectifs.

Précisons davantage encore : il y a des situations où le contrat est vicié dans l'un de ses éléments sans lesquels on ne peut pas le concevoir et des situations où le contrat, bien que valable dans la rigueur du droit, son contenu blesse la réglementation que le législateur entend faire des relations contractuelles. La dualité dans les situations n'impose-t-elle pas une dualité dans la sanction ? Si la nullité n'a été guère discutée dans le premier cas, n'est-elle pas douteuse dans le deuxième cas ? Ne suffit-il pas, dans ce deuxième cas, d'appliquer directement la règle juridique violée, en adaptant le contrat à cette règle ? (Sous-section 1).

Dès qu'on éclaire la dualité fondamentale de la sanction en droit contractuel, il vient à l'esprit de se demander aussitôt : quels sont les domaines respectifs de ces deux sanctions ? Que doit-on annuler dans le contrat et que peut-on adapter ? (Sous-section 2).

Sous-Section I : *La dualité de la sanction du droit contractuel : nullité et adaptation.*

Sous-Section II : *Les domaines respectifs de la nullité et de l'adaptation.*

Sous-Section I

LA DUALITE DE LA SANCTION DU DROIT CONTRACTUEL : NULLITE ET ADAPTATION

344. — Si l'on veut déterminer le régime de la sanction du droit contractuel, il ne suffira pas de se pencher du côté de l'acte juridique qu'est le contrat ; il ne suffira pas non plus de regarder la règle légale ; il faudra envisager le contrat dans sa complexité.

On doit constater tout d'abord que toutes les règles du droit contractuel ne se situent pas au même stade dans la vie du contrat : il y a des règles qui concernent sa formation et d'autres qui déterminent ses effets (§ 1). Ainsi la nullité ne sanctionne que les règles concernant la formation du contrat, tandis que les règles concernant ses effets doivent s'imposer directement au contrat qui a réuni les éléments nécessaires à sa formation (§ 2). De toute façon, si cette dualité de la sanction n'a pas été mise en évidence par la doctrine

moderne, on peut trouver son homologue dans un droit, comme le droit musulman qui peut nous servir de guide dans l'étude de ce problème (§ 3).

§ 1. — Règles concernant la formation du contrat et règles concernant l'aménagement de ses effets.

345. — Signalant la réaction vigoureuse qui s'est dessinée à notre époque, au nom de l'ordre public, contre l'autonomie de la volonté qui avait placé le centre de gravité du contrat dans le consentement, M. le Professeur Carbonnier relève que « si l'on avait voulu davantage prêter attention aux sentiments de la masse non technicienne, on aurait cherché d'un autre côté le retour à l'équilibre dans une importance plus grande attribuée aux éléments réalistes, matérialistes du contrat (76) ».

L'article 1134 C.C.F. dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Quiconque regarde de près cette disposition peut distinguer selon l'objet de la règle du droit contractuel deux nappes successives de règles légales. Il y a tout d'abord les règles concernant les effets du contrat dont cet article, en lui conférant la force de la loi, constitue la pierre angulaire. Ces règles ont vu une extension prodigieuse dans notre temps. Il y a ensuite les règles qui précisent les conditions de sa formation et qui sont l'objet d'autres dispositions du code. Toutes les règles n'ont pas le même objet : il y a des règles de formation et des règles d'effets.

La catégorie des règles concernant les effets du contrat contient non seulement les règles qui « s'ordonnent autour de deux destinées possibles (du contrat) : exécution ou inexécution (77) », mais aussi les règles qui réglementent son contenu, c'est-à-dire son économie. Faut-il rappeler ici les deux manières de concevoir l'obligation : l'obligation mise en terme d'activités ou de diligence tournée vers l'avenir et l'obligation conçue en termes de valeur économique (78).

346. — La qualification de la règle, pour la situer dans l'une ou l'autre catégorie, n'est pas aisée dans un régime libéral. Les règles qui déterminent objectivement les effets du contrat sont, la plupart du temps, des règles que les parties peuvent écarter par une clause du contrat. Ainsi, on a été amené — sous l'influence de l'autonomie de la volonté — à y voir une volonté présumée des parties, c'est-à-dire une clause du contrat, chaque fois que ces parties ne les écartent pas. Ce n'est qu'avec la décadence du principe de l'autonomie de la volonté

(76) *La sociologie de la vente, loc. cit.*
(77) Carbonnier, *Droit civil*, T. 2, *op. cit.*, n° 134.
(78) Voir *supra*, n°s 251 et s., *infra* n° 398.

que l'on a pu y voir des règles dispositives. En outre, s'il y avait quelques règles qui s'imposaient à la volonté des parties, elles sont souvent mises en forme de dispositions prohibitives, ce qui suggère à l'esprit une condition de formation du contrat.

347. — Il importe donc de distinguer deux moments dans la vie du contrat, même si celui-ci produit ses effets aussitôt qu'il se forme : le moment où les volontés créent le contrat, et celui où, ayant pris naissance, il détermine les droits et obligations des parties contractantes. Ce moment de la précision succède à celui de la création. Si l'on rapproche les deux phases ainsi distinguées, c'est que la disposition naturelle de notre esprit nous porte toujours à apprécier la durée en terme d'étendue : le contenu du contrat est un élément de sa formation ; la formation du contrat est faite de son effet escompté ; la distinction entre la création et la détermination devient extrêmement ténue. Dans la mesure où cette distinction est difficile à réaliser, on met l'accent sur le lien très étroit qui unit les droits et obligations au contrat qui les a engendrées. En est-il de même avec la réglementation impérative de l'économie du contrat ? En est-il ainsi notamment dans le cas de la législation sur les prix, sur le taux du loyer ou de la législation du travail qui imposent le prix de vente du bail ou le salaire ?

Toutes les règles légales ne posent pas nécessairement des conditions à la formation du contrat ; il y a des règles qui supposent un contrat déjà formé et se proposent de réglementer ses effets.

§ 2. — La nullité et l'adaptation.

348. — Dans les investigations que nous avons menées à propos de la théorie de la nullité, nous avons vu l'impossibilité de nier le concept du contrat comme réalité juridique. Nous avons constaté aussi que cette nullité a amené la doctrine la plus authentique à faire de la nullité une qualité, une manière d'être du contrat ; l'attribution de cette qualité aboutit à supprimer les effets escomptés par les parties et à nier l'existence, même provisoire du contrat : ce contrat nul est un contrat inexistant. Nous avons conclu que la nullité est l'inexistence même du contrat.

349. — Philosophiquement, l'essence enveloppe l'existence. Or, l'essence, « c'est l'ensemble des déterminations qui font qu'une chose est ce qu'elle est, et qui la distinguent de toute autre chose (79) ». Le contrat existe dès la réunion des déterminations qui font son essence. « N'est-ce pas une vérité évidente par elle-même que tout ce qui existe, existe parce qu'il réunit les éléments nécessaires pour qu'il soit ce qu'il

(79) Stanilas BRETON, *Essence et existence*, collection « Initiation philosophique », P.U.F., 1962, p. 8.

est. Pour exister, un contrat doit réunir aussi un certain nombre d'éléments constitutifs, organiques, vitaux ; si l'un de ces éléments constitutifs fait défaut, le contrat ne peut naître, il doit être considéré comme non avenu (80). Dès que le contrat a existé, dès lors qu'il a réuni tous ses éléments de formation, il sort du domaine de la nullité pour épouser toutes les déterminations de la loi quant à son contenu, ses effets, c'est-à-dire son économie. La mise en œuvre de ces déterminations ne peut se concevoir par la négation du contrat, mais par l'adaptation du contrat qui se présente au juge.

350. — Il est évident que notre but n'est pas de faire une coupure au sein de la notion de nullité : nous admettons la nullité ou l'inexistence du contrat dans tous les cas où la doctrine classique l'admettait. Mais la mise en évidence de l'élément objectif du contrat qui est fonction de l'ordre économique, par la séparation qui se fait dans l'évolution contemporaine entre l'autorité qui crée le contrat et l'autorité qui aménage son économie, nous met en présence des cas où le contrat prend une existence réelle, où il est valable mais où il doit prendre un contenu autre que celui attribué par les parties, un contenu imposé par la loi. Dans ces cas, le contrat est valable, mais des retouches, des modifications, des révisions sont nécessaires et suffisantes pour adapter son contenu aux exigences de la loi. Ce sont ces cas que nous voulons détacher du domaine de la nullité pour les intégrer dans le domaine de l'application directe par l'adaptation nécessaire du contrat à la règle légale.

351. — Ce n'est donc qu'une fois que les deux faces du contrat sont intégrées qu'on conçoit que toute disposition impérative de la loi ne constitue pas nécessairement une condition légale de la formation du contrat ; qu'il y a entre le néant du contrat et sa conformité absolue aux règles de droit une situation intermédiaire où le contrat doit vivre, mais après quelques imputations ou adjonctions dans ses effets. Si la doctrine et le législateur s'étaient tournés vers la nullité comme le seul système de sanction du droit contractuel, c'est à cause de leur conception du contrat : on n'y voyait qu'un acte de volonté, et on trouvait que la nullité est une sanction qui découle de la nature des choses ; on négligeait l'élément fonctionnel que constitue l'ordre économique. Dès qu'on intègre les deux éléments dans le contrat, on conçoit que l'attention ne doit pas être seulement attirée sur la conclusion du contrat, mais aussi sur son exécution et sur l'objet de la règle légale.

352. — M. Farjat, bien qu'il suive la doctrine dans son affirmation que la nullité est la seule sanction du caractère illicite du contrat, semble pressentir vivement, dans ses développements, la nécessité de faire sortir l'économie du contrat du domaine de la nullité pour lui

(80) Pizz, Thèse précitée, p. 1.

appliquer directement la règle légale. Pour lui, « si, en effet... les solutions exigées par l'ordre public économique ne paraissaient pas inconciliables avec la théorie des nullités, sur le plan des titulaires de l'action, c'était au prix d'une réserve importante intéressant les "effets" de la nullité. *Pour la plupart des mesures d'ordre public économique, c'est dans la mesure où l'annulation totale est remplacée par la modification du contrat que la dénonciation sera effectivement et opportunément exercée* (81) (82) ».

§ 3. — Rapprochement avec les catégories de la sanction en droit musulman.

353. — Il est intéressant d'invoquer, à l'égard de la distinction que nous faisons entre les règles concernant les conditions de formation du contrat et celles concernant ses effets, la gradation dans les sanctions attachées aux contrats qui ne répondent pas aux prescriptions de la loi que posait l'école hanéfite, l'école la plus rationaliste du droit musulman. Pour cette école, contrairement aux autres écoles du droit musulman, toutes les prescriptions de la loi n'entraînent pas la même sanction. Les hanéfites parlent tantôt du contrat nul (bàtil) ou non conclu (ghayr mun'aqid) et tantôt du contrat vicié (facid), de sorte qu'on semble se trouver devant une dualité de la sanction : la nullité (Butlàn) au sens de l'inexistence et la simple illicéité (83).

Le contrat nul (bàtil) est celui qui *n'est pas légal "makroh", ni par son origine "aslehe", ni par sa qualité "wasfehe* (84)." Il manque l'une de ses conditions de formation (un élément). Il en est ainsi lorsqu'il y a désaccord entre les volontés des deux parties contractantes. Il en est ainsi aussi si le contrat est conclu par un fou ou un enfant de moins de sept ans ; le contrat est réputé inexistant. De même, le contrat qui porte sur un objet illicite (hors du commerce) comme le vin et le porc. Enfin, d'après certains juristes de l'école (Abu Yousef et Mohammed), le contrat est nul si la cause du contrat, c'est-à-dire son motif, est illicite comme la vente de raisins à celui qui en fera le vin (85).

(81) *Op. cit.*, n° 463. Voir les développements du chapitre II de sa troisième partie, pp. 367 et s.

(82) Souligné par nous.

(83) CHEHATA (Chafik), *Le système des nullités en droit musulman hanéfite et en droit comparé*, Communication faite à la Section de Droit oriental du VI[e] Congrès International du droit comparé, tenu à Hambourg (30 juillet-4 août 1962), Revue Al-Alum Al Qanuniya Wal-Iqtisadiya, Le Caire, janvier 1963, pp. 1 et s. ; Sobhi MAHMASSANI, *La théorie générale des obligations et des contrats en droit musulman* (en arabe), Beyrouth, 1948, 2[e] vol., pp. 12 et s.

(84) Abd El GAWAD, Thèse précitée, pp. 91 et s.

(85) *Ibid.*

Le contrat vicié (facid) est celui qui est *légal* par son origine et non par sa qualité (86). Ce contrat réunit les éléments constitutifs du contrat existant, mais il renferme, parmi ses clauses, une disposition contraire à une règle impérative. Il est donc existant, mais la disposition illicite le rend illégal. Il en est ainsi du contrat entaché d'usure ; l'usure vient, en effet, se surajouter à un contrat dont la structure est déjà achevée. De même, le contrat qui porte sur un objet insuffisamment déterminé n'est pas un contrat sans objet, mais en raison de l'indétermination de l'objet il sera réputé « fàcid ». Il en est surtout ainsi lorsqu'une clause adjointe au contrat vient rompre l'équilibre entre les prestations dues réciproquement par les parties contractantes (87). En tout cas, le « façàd » ne peut frapper que les contrats patrimoniaux qui font naître des obligations réciproques ou transfèrent la propriété : vente, louage, prêt, etc. (88). Tous les contrats non patrimoniaux, comme le mariage, sont toujours nuls (bàtis) lorsqu'ils sont frappés d'un vice quelconque.

354. — Sans doute, les auteurs musulmans n'ont pas tiré de la distinction entre le contrat « bàtil » et le contrat « fàcid » les conséquences que nous tirons de la distinction correspondante que nous essayons d'établir en ce qui concerne le droit contractuel contemporain : le contrat « fàcid » ne peut être adapté à la règle impérative par retranchement de l'effet illicite ou adjonction de celui qui manque. Pour M. Chehata, le contrat « fàcid » c'est bel et bien la nullité radicale, considérée, dans les systèmes occidentaux, comme la sanction de toute règle impérative régissant les conventions, la distinction s'est faite ici à l'intérieur de la sanction de nullité absolue elle-même (89).

Toutefois, les auteurs hanéfites admettent que l'illicéité du contrat pourra, dans le cas de « façàd », être couverte, si elle était due à l'adjonction d'une clause et si la partie au profit de laquelle la clause avait été adjointe s'avise d'y renoncer (90). De même, le contrat « fàcid » transfère la propriété de la chose qui en fait l'objet en général s'il est suivi de tradition.

355. — En effet, pour explorer la portée exacte des effets de la distinction entre les deux « compartiments » du système de la sanction en droit musulman, pour savoir comment et pourquoi ses effets s'approchent ou s'éloignent des effets que nous attribuons à la distinction correspondante en droit contractuel contemporain, il faut une recherche approfondie et une investigation minutieuse sur le fonctionnement de ce système qui déborde le cadre de notre sujet.

Toutefois, il n'en reste pas moins clair que les auteurs musulmans de l'école hanéfite ont vivement pressenti la nécessité de la distinction

(86) *Ibid.*
(87) Chehata (Chafik), *loc. cit.* ; Abdel Gawad, Thèse précitée, pp. 96 et s.
(88) Abdel Gawad, Thèse précitée, page 96.
(89) Communication précitée.
(90) *Ibid.*

entre le contrat inexistant et le contrat existant, mais entaché de quelques vices. Ils ont clairement posé la distinction entre les règles impératives qui concernent la formation du contrat et celles qui concernent son contenu, son économie, et la nécessité de différencier la sanction dans les deux cas, du moins sur le plan académique, ce qui témoigne d'une technique juridique fortement évoluée. Et l'étude de la répartition des hypothèses de non-conformité à la loi entre la catégorie de « butlàn » et la catégorie de « façàd » révèle une compréhension de la portée même de la distinction et de sa signification profonde. Le contrat serait inexistant si l'un des éléments essentiels sur lesquels il repose (deux sujets et un objet) fait défaut. Par contre, il serait existant mais « fàcid » si le vice s'attaque non pas à l'un de ses éléments, mais à son économie (contrat entaché d'usure et clauses adjointes qui rompent l'équilibre contractuel) (91).

Peut-être était-il prématuré de faire sortir d'une telle distinction toutes ses conséquences logiques quant à l'adaptation du contrat vicié à la loi, dans une époque où la réglementation légale de l'économie du contrat, l'exigence d'un équilibre contractuel entre les prestations s'inspiraient de la justice, sans que des exigences de l'économie générale l'imposassent.

Sous-section II

LE DOMAINE RESPECTIF DE LA NULLITE ET DE L'ADAPTATION

356. — De la confrontation du concept du contrat avec les règles du droit contractuel, il nous est apparu que ces règles tendent à résoudre des problèmes bien distincts : la définition des éléments constitutifs du contrat qui font son essence et l'aménagement de son économie. Dès que le contrat répond aux exigences de la première catégorie des règles, il réunit tous les éléments qui lui confèrent une existence juridique ; il est valable et susceptible de produire les effets juridiques qui sont rattachés à cette existence. Seulement, les règles concernant l'économie du contrat viennent se surajouter à ces effets quand le législateur entend faire prévaloir des vues particulières quant à l'aménagement de cette économie, en raison de ce qu'il estime être l'intérêt général. La sanction de ces dernières règles n'exige que l'adaptation de l'économie du contrat aux vues du législateur. M. Farjat estime que « la détermination de la sanction applicable au contrat qui viole l'ordre public dépend de la réponse à deux questions diffé-

(91) Il est clair que la notion de contrat « fàcid » est tout à fait différente de celle de la nullité relative, soit en ce qui concerne les causes ou l'origine du vice, soit en ce qui concerne les effets de deux sortes de sanctions (cf. CHEHATA, Communication précitée).

rentes que l'on peut énoncer simplement : qu'est-ce qui est illicite dans les relations contractuelles ? Que convient-il d'annuler dans le contrat ? Même si cette distinction n'est pas faite généralement, elle peut se déduire du droit positif (92) ». Il nous faut répondre, dans cette sous-section, aux questions de M. Farjat en délimitant ce qui appartient à l'existence des éléments du contrat, à sa formation, et ce qui appartient à son économie ; ce qui relève du domaine de la nullité (§ 1) et ce qui relève du domaine de l'adaptation (§ 2).

§ 1. — Le domaine de la nullité.

357. — On a vu que, chez les auteurs musulmans, tout contrat doit reposer essentiellement sur deux sujets, un objet et une cause. Si l'un de ces éléments vient à faire défaut, le contrat sera considéré comme inexistant. La doctrine moderne et les codes ne tiennent pas d'autre langage, lorsqu'ils énumèrent les éléments du contrat. En effet, le concept même du contrat évoque la réunion d'un consentement et d'un objet. Mais il faut que l'activité des contractants prenne une certaine direction, celle qui consiste dans le fait de poursuivre l'établissement d'un équilibre. Celui-ci constitue le troisième élément du contrat en droits français et égyptien. Quand peut-on dire que les éléments du contrat sont réunis pour lui donner son existence juridique, et quand peut-on dire qu'un élément fait défaut et que le contrat est nul ?

A. — Le consentement.

358. — « La philosophie s'efforce de faire un choix ou une synthèse entre une liberté cartésienne, qui s'absorbe dans une adhésion rationnelle à la règle..., une liberté bergsonienne, issue des profondeurs concrètes et vivantes de la personnalité, ou une liberté existentielle, expression totale dans son absolue indétermination, d'un moi oscillant entre le refus et le consentement à un monde extérieur inintelligible... » (93). Quelle que soit la définition qu'on donne à la liberté, il n'est pas difficile d'apercevoir que la volonté actualisée est une adhésion à quelque chose du monde extérieur qui n'est susceptible d'aucune perfection en dehors de son existence, une adhésion qui existe ou n'existe pas sans qu'il soit possible d'imaginer une volonté existante mais imparfaite parce que la volonté n'a pas de place dans « l'espace », si l'on ose ainsi s'exprimer.

Cependant, pour beaucoup de juristes, le défaut de la volonté n'aboutit pas nécessairement à son inexistence. A en croire ces juristes, les vices du consentement n'empêchent pas l'existence d'une volonté

(92) Farjat, *op. cit.*, n° 467.

(93) P. Hébraud, *loc. cit.*, p. 424, note 15, voir la bibliographie citée dans la note.

défectueuse. Il nous faut envisager sommairement, d'une part, les cas où la doctrine admet l'inexistence de la volonté, et, d'autre part, les vices du consentement pour voir leur influence sur l'existence de la volonté.

359. — *a*) Acte juridique, le contrat suppose nécessairement une manifestation de volonté. Acte bilatéral, il implique le concours de la volonté des deux parties (94). La volonté se détermine à la suite d'un processus psychologique ou d'intelligence ; elle implique la conscience, c'est-à-dire la capacité de se rendre compte des conséquences que peut entraîner son acquiescement. Par là, se trouvent exclus du domaine de la volonté réelle les engagements pris par des enfants en bas âge et les engagements des personnes en état d'ivresse ou de démence.

Or, si la volonté juridique est essentiellement une volonté psychologique, il est aussi vrai que l'essence de la volonté importe moins au droit que son extériorisation. Celle-ci lui donne la première marque juridique qui consiste dans la sécurité. Pour qu'il y ait volonté, le droit positif exige un signe quelconque qui le porte à la connaissance des autres et à défaut duquel il n'y a pas de volonté juridique.

Le concours de la volonté des deux parties se réalise par la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Ainsi, on ne saurait concevoir l'existence d'un contrat sans la concordance entre les volontés des deux parties contractantes sur le même objet ; tel contrat est, de toute évidence, inexistant. Le problème se trouve à peu près le même dans la théorie de l'erreur-obstacle ; le contrat qui repose sur un simple malentendu est dépourvu du consentement. De même, le concours de la volonté perdrait sa signification contractuelle s'il n'établissait un lien entre les parties. Ainsi, le droit positif décide-t-il que toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

360. — *b*) Pour être juridiquement efficace, le consentement doit être donné par une volonté éclairée et libre. Le Code civil rend le contrat entaché d'un vice de consentement nul, mais d'une nullité relative. Pour expliquer la solution, la doctrine a bâti une théorie des vices du consentement basée sur la doctrine de l'autonomie de la volonté. « Il s'agit, d'après les jurisconsultes classiques, d'analyser le degré de la volonté... Il y a une volonté de qualité inférieure, viciée dans son élément de liberté par la violence, dans son élément de conscience par l'erreur et le dol. Elle est suffisante pour donner la vie au contrat parce que mal vouloir c'est encore vouloir et que, violentée ou trompée, la volonté est toujours une volonté, mais elle ne saurait pourtant avoir, à raison de ses défauts, la même valeur

(94) MARTY et RAYNAUD, *op. cit.*, T. 2, n° 94 ; CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, T. 2, p. 97.

qu'une volonté saine (95). » De là, vient la sanction de la nullité relative qui ne donne le droit d'action qu'à celui dont la volonté a été viciée et qui lui permet d'y renoncer par la confirmation.

361. — Il nous semble douteux que cette analyse puisse justifier les solutions du droit positif. La nullité est l'inexistence même du contrat. Le contrat nul ne jouit d'aucune existence, même temporaire (96). Or, cette doctrine admet l'existence de la volonté viciée, ce qui oblige logiquement à considérer le contrat entaché d'erreur, dol ou violence comme existant, c'est-à-dire comme valable. Il faut donc, pour justifier les solutions des codes (la nullité), reconnaître que la volonté viciée est une volonté inexistante (97).

Cependant, si cette interprétation paraît la seule conforme au droit positif, il ne paraît pas conforme à la réalité. « Il y a volonté malgré le vice », affirme le Doyen Ripert (98). Ne convient-il pas plutôt de discerner deux volontés dans l'acte : celle nécessaire à sa conclusion et celle nécessaire à la détermination de son contenu ? Et alors, cette dernière ne relève-t-elle pas du domaine de l'économie du contrat ?

Le même auteur a été frappé par « le constant appel fait à l'idée de lésion par les décisions qui prononcent la nullité et la constatation de l'absence du préjudice subi dans les décisions qui maintiennent le contrat (99) ». La jurisprudence tient compte du caractère injuste du contrat bien plus que de la sujétion de la volonté. Mais s'il en est ainsi, si le vice se trouve dans la lésion plus que dans l'infériorité de la volonté, ne convient-il pas, dans une bonne logique et une protection efficace, d'enlever les vices du consentement du domaine du défaut de la volonté et de la nullité pour les intégrer dans le domaine de l'économie du contrat, de l'adaptation (100) ? Et la solution ne

(95) G. Ripert, *La règle morale, op. cit.*, n° 41.

(96) *Supra*, n°s 348 et s.

(97) On peut voir un autre exemple de la contradiction entre l'existence de la volonté et la nullité relative dans le contrat des incapables. C'est pour cela que le droit musulman considère ce contrat comme valable. Il le qualifie de contrat mawquof, c'est-à-dire un contrat à effets suspendus. L'autoritas (idjaza) émanant du tuteur lui fera produire son plein et entier effet. (Voir Chehata, Communication précitée.)

(98) Ripert, *idem.*, n° 41.

(99) *Op. cit.*, n° 43.

(100) M. Carbonnier, *Droit civil*, p. 359, n° 105, observe que « les actions en nullité des articles 1110 et 1116, remèdes individuels, sont d'un faible rendement social. Dans l'immense majorité des cas d'erreur ou de dol, elles restent inemployées, pour des raisons diverses (ignorance ou timidité du consommateur isolé, et surtout disproportion des frais au préjudice). Aussi, de tout temps, ont-elles été doublées par des mesures collectives de protection des consommateurs ». Sur la présentation de la question sur le terrain de la faute du cocontractant ou sur celui de la cause ; cf. Carbonnier, *Droit civil*, op. cit., p. 358, n° 105.

Sur l'affinité entre l'erreur sur la substance et la garantie du vice dans la vente, cf. Ripert et Boulanger, *op. cit.*, T. II, n° 156.

devient-elle pas plus pressante en ce qui concerne la lésion elle-même, quoi qu'on dise de son élément subjectif (101) ?

Nous aurons l'occasion de revenir sur la question (102). Mais il paraît significatif d'invoquer dès maintenant qu'en droit musulman il n'existe pas une théorie générale des vices du consentement. Cependant, en cas d'erreur portant sur une qualité déterminante, ou en cas de dol, ce droit s'en tenant à sa tendance objective maintient le contrat et n'accorde qu'un droit de résolution fondé sur l'inexécution d'une clause expresse ou tacite stipulant la qualité requise, ou sur la lésion excessive que le dol fait subir, au contractant victime (103).

B. — L'objet.

362. — « La création de l'obligation n'est pas l'objet, mais l'effet du contrat. L'objet du contrat est l'opération juridique que les parties cherchent à réaliser (104). » L'obligation est un effet du contrat valable. Il n'y a donc une obligation dont l'objet est illicite parce que dans l'hypothèse d'un objet illicite de l'obligation, celle-ci ne naît pas. Il y a seulement illicéité de l'objet du contrat.

C'est seulement en ce sens qu'on peut garder à la notion d'objet son autonomie par rapport aux effets du contrat. Or, il faut bien souligner que nous entendons par l'opération juridique, ici, non pas l'opération abstraite — la vente, le louage, l'échange, etc., — mais l'opération concrète que visent les contractants : la vente de tel ou tel bien, le louage de telle ou telle chose, l'échange de telle ou telle chose contre telle ou telle chose.

363. — Pour qu'il y ait un objet, il faut qu'il soit déterminé ou déterminable ; un contrat qui a un objet entièrement indéterminable manque en effet d'objet. De même, on ne saurait imaginer qu'il y ait réellement un objet si cet objet est impossible.

Il doit en être ainsi encore pour l'objet hors du commerce. Sans doute, tel objet existe matériellement. Mais le législateur, en le mettant hors du commerce, le rend juridiquement inexistant ; il l'écarte du domaine des opérations entre personnes (105).

364. — Il faut bien souligner la distinction entre la chose hors du commerce et la chose dont le commerce est réglementé par la loi. « Les choses qui ne sont pas dans le commerce sont celles qu'un

(101) Sur le particularisme de la rescision-sanction de la lésion, Marty et Raynaud, *Droit civil*, T. 2, *op. cit.*, n° 160 ; H. et L. Mazeaud, *Leçons*, *op. cit.*, T. 2, n° 294. L'action en rescision pour lésion suit les règles de l'action en nullité relative. Cependant, la rescision ayant sa cause dans la perte subie par l'une des parties, il reste possible à l'autre contractant, s'il veut éviter les conséquences de l'action, de réparer cette perte.

(102) Voir *infra*, n°s 367 et s.

(103) Chehata (Chafik), Communication précitée.

(104) H. et L. Mazeaud, *Leçons*, T. 2, *op. cit.*, n° 231.

(105) Pize, Thèse précitée, p. 126.

interdit de la société a retiré du domaine des opérations juridiques entre personnes (106). » Or, quand la loi réglemente simplement le commerce d'une chose, elle laisse aux contractants toute la possibilité de contracter sur elle ; elle exige tout simplement d'eux de respecter la réglementation qu'elle édicte. M. le professeur Carbonnier présente la même question sous une autre forme : « Il est des choses que leur parfaite neutralité morale préservera d'être jamais traitées en objets illicites : la plus typique est la monnaie ayant cours légal... (107). »

On trouve un exemple frappant de cette hypothèse dans la législation sur la taxation, la chose dont le prix taxé étant bien sûr dans le commerce : elle peut être vendue ou louée : tout simplement, les contractants doivent adopter le prix imposé par le législateur. L'illicéité, ici, présente un aspect particulier : l'objet est licite, mais le législateur ayant fixé le minimum ou le maximum du prix, le prix convenu au-dessous de ce minimum ou au-dessus de ce maximum est contraire à l'ordre public économique. Respecter une telle fixation c'est l'imposer aux contractants dans le contrat qu'ils ont conclu. Une telle législation relève donc du contenu du contrat, de son économie, plutôt que des conditions de sa formation.

C. — La cause.

365. — Les codes civils égyptien et français font de la cause un élément du contrat. Nous avons vu l'échec de toutes les tentatives pour conceptualiser la notion de cause tant sur le plan objectif que sur le plan subjectif (108). Nous avons vu aussi que la notion de cause ne peut trouver son unité que sur le plan fonctionnel en tant qu'elle fournit une expression synthétique du contenu contractuel.

Les auteurs modernes, lorsqu'ils parlent de la cause, visent « une raison abstraite, toujours la même pour chaque catégorie de contrats : la considération de la contre-prestation promise dans les contrats synallagmatiques ou de la contre-prestation reçue dans les contrats réels, l'intention libérale dégagée de ses mobiles dans les libéralités (109) ». Pour ceux-ci, l'absence de cause et la fausse cause désignent la même situation : l'absence de la contre-prestation (110). Toutefois, lorsque les mêmes auteurs parlent de la cause illicite, ils ne se contentent pas de cette portée restreinte de la cause : ils y introduisent tout motif individuel et concret qui soit déterminant dans la conclusion du contrat (111). Le caractère illicite de la cause peut

(106) Carbonnier, *Droit civil*, T. 2, *op. cit.*, n° 108. Sur les différents aspects et degrés de l'enlèvement d'une chose du commerce, voir, Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 253 ; Japiot, *op. cit.*, pp. 216 et s.

(107) *Droit civil, op. cit.*, T. 2, n° 108.

(108) V. *supra*, n°s 125 et s.

(109) Marty et Raynaud, *op. cit.*, T. 2, n° 193.

(110) Ripert et Boulanger, *op. cit.*, T. 2, p. 294.

(111) Marty et Raynaud, *op. cit.*, T. 2, n° 192.

s'attacher à un élément objectif ou à un élément subjectif de celle-ci (112). « La cause de l'obligation est une notion abstraite à des conditions de pure technique juridique. Au contraire, de la certitude du but poursuivi, de la cause du contrat, dépendent la moralité de ce contrat, sa conformité à l'ordre social ; la cause du contrat est soumise à des conditions morales et sociales (113). »

Il n'en reste pas moins vrai que pour nous la cause illicite est une cause inexistante du point de vue juridique, quels que soient les éléments qu'on intègre dans cette cause (114). Il ne faut pas oublier l'affinité entre la cause et l'objet. La proposition précédente est conditionnée par ce qu'on a dit à propos de l'objet (115).

§ 2. — Le domaine de l'adaptation.

366. — On a vu comment le consentement nécessaire à la conclusion du contrat se distingue du consentement qui détermine son contenu. Le consentement nécessaire à la conclusion du contrat est un élément indispensable en l'absence duquel on ne peut parler d'un contrat. Le consentement qui détermine le contenu du contrat est toujours fonction de l'ordre économique ; il est plus ou moins surveillé par le droit objectif. Dans une économie libérale, la détermination du contenu contractuel est laissée à la volonté des intéressés (A) ; dans une économie dirigée, il est de plus en plus contrôlé par la loi (B).

A. — Le domaine de l'adaptation et le regime liberal.

367. — Le régime libéral laisse aux contractants la liberté de donner à leurs contrats, plus précisément à leurs droits et obligations, telle ou telle portée qui leur plaît en fonction de la loi économique de l'offre et de la demande ; la volonté privée est souveraine quant à l'aménagement de l'économie du contrat comme elle l'est quant à sa conclusion. Mais cela ne veut pas dire que le législateur ne doive pas chercher à orienter la volonté dans le sens le plus conforme à l'équité et aux nécessités économiques et sociales (116).

368. — Il y a d'abord toutes les hypothèses où les parties n'envisagent pas suffisamment la détermination de leurs droits et obligations

(112) *Idem.*, n° 192.

(113) H. et L. Mazeaud, *Leçons, op. cit.*, T. 2, n° 271.

(114) Pize (Thèse précitée, pp. 84, 135, 14) a remarqué que l'article 1131 du C.C.F., dispose que « le contrat sans cause, ou sur fausse cause, ou sur cause illicite, ne peut avoir aucun effet », c'est-à-dire est inexistant. Voir aussi p. 145, où il est dit : « La cause étant (dans les contrats à titre onéreux) la volonté d'acquérir tel ou tel objet ou d'amener la réalisation de tel ou tel fait est inséparable de cet objet ou de ce fait : le vice qui les affecte se communique nécessairement à elle. »

(115) *Supra*, n° 362.

(116) Ch. Bertrand, Thèse précitée, p. 18.

respectifs et la loi ne manque pas de donner les règles susceptibles de préciser ces droits et obligations, tant au point de vue de l'activité nécessaire (117) que du point de vue de la valeur économique exigée (118). Ces règles n'entraînent pas, évidemment, la nullité des contrats qui leur sont contraires puisqu'elles ne viennent que pour suppléer à la volonté des particuliers en leur évitant les contestations qui pourraient s'élever ensuite (119).

369. — Bien plus, si le régime libéral se tenait à la liberté de la volonté, il devait encore assurer directement le respect de la règle du jeu par le système qu'on appelle « les vices du consentement ». Il devait, en effet, veiller à ce que, dans une convention, un des contractants ne profite pas trop de l'autre ; l'autonomie de la volonté ne peut s'appliquer dans toute son ampleur que si chaque partie est pleinement capable d'examiner sa situation avec la liberté voulue et de régler au mieux ses intérêts (120).

Ce système devait donc protéger le contractant contre toute lésion qui peut résulter de son erreur, du dol ou de la violence exercée sur lui, voire même de son inexpérience. Logiquement, avec ce raisonnement, la loi devrait imposer aux contractants dans ces cas, non pas le contenu que les parties ont voulu sous l'influence du vice, mais celui qui aurait résulté de leurs appréciations subjectives des prestations dues. Le système de la sanction devait être celui de l'adaptation.

Cependant, à une époque où l'autorité qui déterminait le contenu du contrat était celle qui le créait, il n'était pas facile de distinguer la volonté créatrice du contrat de la volonté déterminatrice de son contenu ; le contrat étant un bloc, il ne pouvait être regardé que comme voulu en bloc. De là, les codes civils faisaient de ces vices du consentement une cause de nullité.

C'était, semble-t-il, l'attitude des auteurs musulmans. Ceux-ci, au lieu de construire une théorie des vices du consentement, maintenaient le contrat en cas d'erreur sur une qualité déterminante ou du dol tout en n'accordant qu'un droit de rescision fondé sur l'inexécution d'une clause expresse ou tacite stipulant la qualité requise, ou sur la lésion excessive que fait subir le dol à sa victime (121). Ne peut-on conclure que, dans leur conscience, la séparation entre la volonté créatrice du contrat et la volonté du pouvoir déterminateur était claire ?

On voit encore cette séparation sous-jacente dans quelques solutions de la jurisprudence française et du Code civil égyptien. Dans le cas où le contractant se trouvait, par cas fortuit, dans la nécessité de contracter, les tribunaux français, tout en maintenant le contrat conclu,

(117) Par exemple, article 1137, C.C.F. et les articles auxquels il renvoie.
(118) Par exemple, article 1135, C.C.F. ; art. 148 du nouveau C.C.E.
(119) Ch. Bertrand, Thèse précitée, p. 19.
(120) *Idem*, p. 49.
(121) Voir *supra*, n° 353.

se reconnaissaient le droit de réduire la rémunération stipulée (122). N'est-ce pas une application de l'adaptation du contenu de l'obligation au jeu naturel de la volonté ? Comment le concilier avec la nullité qui suppose l'absence de la volonté, élément du contrat ?

L'article 124 du Code civil égyptien, tout en adoptant le système de la nullité, dispose que la victime d'une erreur « reste... obligée par le contrat qu'elle a entendu conclure si l'autre partie se déclare prête à l'exécuter ». M. Chevallier (123) a vu dans ce texte le signe que la nullité est devenue « simplement la sanction des règles de formation des actes juridiques et qu'elle doit, par conséquent, se modeler sur la règle qu'elle a pour but de sanctionner ». Ne faut-il pas plutôt y voir le signe lointain d'un divorce qui se fait, en droit, entre les vices du consentement et la nullité ?

L'article 129 du Code civil égyptien va aussi dans le même sens. Il donne au juge la faculté d'annuler le contrat lésionnaire *ou de réduire les obligations du cocontractant lésé* (124).

B. — Le domaine de l'adaptation et le regime dirigiste.

370. — Si les règles légales qui veillent au respect de l'équité dans un régime libéral tendent à sortir du domaine de la nullité pour entrer dans celui de l'adaptation, ce dernier système paraît s'imposer à plus forte raison dans un régime qui aspire de plus en plus à devenir dirigiste. Partout, on voit des règles qui interdisent telle ou telle clause ayant pour effet de rompre l'équilibre contractuel tel que l'entend le législateur, qui décrivent les procédés de détermination des obligations, ou enfin qui procèdent directement au modelage du contrat.

Dans une économie dirigiste, ou du moins dans une économie où coexistent un secteur dirigiste et un secteur concurrentiel, l'ordre public doit revêtir une physionomie particulière : de statique qu'il était en régime libéral, il devient un moteur ; il impose l'adaptation des contrats aux nécessités de la réglementation légale, les dispositions

(122) La solution a été consacrée par la loi du 29-4-1916.

(123) *La volonté, source d'obligation dans le projet du Code civil révisé*, Al-Quanoun Walektiçade, Le Caire, an 13, p. 100.

(124) Le Code civil suisse, dans ses articles 23, 28-1, 29-1 et 31-1, dispose qu'un contrat entaché d'erreur, ou de dol, ou conclu sous l'empire d'une crainte fondée, n'oblige pas la partie dont la volonté est viciée. La nature de cette sanction a fait l'objet de vives discussions dans la doctrine suisse.

Une catégorie de cette doctrine y voit une sorte de nullité. Une autre y voit une annulabilité. Or, un troisième groupe est d'avis que la validité d'un contrat entaché d'un vice de la volonté est soumise à une condition légale, suspensive et potestative (Haluk Tandogan, *op. cit.*, pp. 30 et s.).

M. Alsanhouri préconise l'élargissement de la théorie analogue du contrat valable, mais à effet suspendu adopté par le droit musulman pour les cas d'incapacité, de telle sorte qu'elle puisse englober les cas de vices du consentement et se substituer complètement à la théorie de la nullité relative ; *Les sources du droit (subjectif) dans la doctrine musulmane*, Le Caire, T. 4, p. 116.

concernant l'économie du contrat aboutissant non à l'annulation du contrat, mais à sa modification, à sa correction.

371. — Quelquefois (125), la suppression de la clause illicite suffit. Il en est ainsi, lorsque le législateur interdit la clause-or ou certaines clauses d'indexation.

Mais la suppression de la partie illicite peut s'accompagner d'une substitution d'obligations de plein droit, ou plus exactement d'une adjonction des éléments manquants aux obligations des parties, comme c'est le cas dans le contrat de travail.

Parfois, la correction directe du contrat s'impose. Il en est ainsi en matière d'usure, de loyer ou de prix excessif.

Dans tous ces cas, il y a maintien du contrat ; il y a simplement modification de son économie telle que les parties l'avaient établie.

Section III

LES MANIFESTATIONS DE LA DISSOCIATION : LA SANCTION DU CONTRAT INADAPTE DES SA FORMATION

372. — On sait que nos codes, spécialement le Code français, sont basés sur l'économie libérale et l'autonomie de la volonté privée. Il n'est donc pas étonnant que ceux-ci aient donné au régime de la sanction des solutions qui semblent absolues et qui cadrent mal avec la sanction du contrat dont le contenu est inadapté aux circonstances économiques. Ainsi, les manifestations de la dissociation entre la sanction du contrat inadapté et la nullité sont, pour une part, réalisés par des lois spéciales.

Cependant, les principes traditionnels, ceux de la nullité, ont survécu. Aucune disposition législative d'ensemble n'a vu le jour, mais simplement des règles isolées, particulières à telle ou telle catégorie de contrats.

Il va donc sans dire que lorsque le législateur n'a pas pris le soin de prévoir la sanction qu'il convient d'appliquer, l'interprète, le juge, aussi conscients qu'ils fussent des exigences de l'économie du contrat, ne peuvent ignorer les principes du droit commun. Il suffit de prouver le caractère impératif de la règle violée pour mettre en œuvre le régime de la nullité, même en l'absence de texte prévoyant expressément cette nullité.

373. — De même, l'étendue de la nullité est fonction de la volonté des parties. Pour limiter la nullité à la partie illicite, ou la passer sur tout le contrat, on s'interroge à propos de chaque espèce : la volonté des parties aurait-elle ou non contracté sans cette partie ?

(125) V., Haluk Tandogan, *op. cit.*, pp. 99 et s. ; Farjat, *op. cit.*, n° 470.

Il est vrai que l'article 1172 du Code civil français semble, dans sa lettre, prononcer le principe de l'indivisibilité de la nullité : « Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend. » Mais il faut, dans l'application jurisprudentielle de cet article, que la clause apparaisse comme la cause impulsive et déterminante, que la convention en dépende (126). L'article 900, placé au rang d'une règle politique contraire aux principes du droit (127), donne la règle contraire pour les libéralités : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaires, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois et mœurs, seront réputées non écrites. » Mais encore, la jurisprudence a nuancé la solution. La donation, comme tous les contrats onéreux, n'est totalement nulle que si la condition illicite était déterminante de l'engagement (128).

Un rapprochement s'est opéré entre les deux textes, sous le signe de la volonté contractuelle. Si les rédacteurs du Code civil français pensaient donner une solution respectueuse de cette volonté en annulant la convention tout entière, la jurisprudence s'est livrée, par contre, à une recherche plus nuancée à propos de chaque contrat particulier.

C'est à peu près la même solution qu'a consacrée l'article 143 du Code civil égyptien : « Lorsqu'une partie du contrat est nulle ou annulable, cette partie sera seule frappée de nullité, à moins qu'il ne soit établi que le contrat n'aurait pas été conclu sans la partie qui est nulle ou annulable, auquel cas le contrat sera nul pour le tout. »

Quelle a donc été l'attitude du juge et du législateur à l'égard de tous ces textes, lorsqu'ils ont envisagé la sanction du contrat inadapté dès sa formation ?

374. — Nous avons vu que les règles concernant le contenu du contrat et appelées à jouer leur rôle dès sa formation peuvent revêtir deux formes différentes : ou bien elles apparaissent comme rendant illicites une simple clause du contrat, principalement une clause de garantie contre le changement de la conjoncture économique ; ou bien elles imposent directement un contenu déterminé au contrat. La première forme semble ne pas atteindre le contrat dans ses éléments constitutifs, au contraire de l'autre qui paraît à première vue l'attaquer dans son objet même, ou dans sa cause, ce qui a constitué quelquefois un obstacle au maintien du contrat. Néanmoins, dans la détermination directe du contenu du contrat, comme dans l'interdiction de certaines

(126) Civ. 21-11-1932, Gaz. Pal., 1933.1.190, D.H., 1933.19 ; Civ. 20-3-1929, D. 1930.1.13, note Voirin. Cf. MALAURIE, *op. cit.*, n° 380.

(127) RIPERT, *Le régime démocratique, op. cit.*, n° 145 ; Malaurie, note D., 1956.J., p. 19.

(128) Civ. 17-7-1883, S. 1884.1.305 et note Labbé ; Req., 5-1-1909, D. 1913.5.35 ; Lyon, 17-5-1935, D.H., 1935.453.

clauses faisant varier ce contenu en réponse aux circonstances économiques, la sanction jurisprudentielle des règles concernant le contenu du contrat apparaît dans toute son originalité : le contrat semble se maintenir et l'adaptation semble s'imposer aux parties.

Sous-section I : *La sanction du contrôle des clauses faisant varier le contenu contractuel en réponse aux circonstances économiques.*

Sous-section II : *La sanction des règles déterminant le contenu contractuel en réponse aux circonstances économiques.*

Sous-section I

LA SANCTION DU CONTROLE DES CLAUSES FAISANT VARIER LE CONTENU CONTRACTUEL EN REPONSE AUX CIRCONSTANCES ECONOMIQUES

375. — Audacieuse dans l'élaboration du contrôle de ces clauses, la jurisprudence ne l'a pas été moins dans l'élaboration de leur sanction (129). On sait déjà comment le juge a pu atteindre en la matière des solutions respectant l'ordre économique, en l'absence de toute directive législative, sous le couvert des principes monétaires. De la même manière, et faute de textes spéciaux qui précisent le système qu'il conviendrait d'appliquer, le juge a pu s'affranchir des principes de la nullité dans la sanction des clauses illicites. Bien que la clause soit toujours déterminante dans l'intention des parties (§ 1), la jurisprudence est arrivée à maintenir le contrat tout en supprimant la seule clause illicite (§ 2).

§ 1. — Le caractère déterminant de la clause.

376. — La doctrine qui préfère toujours l'approche subjective, n'a pas hésité à reconnaître que les clauses qui font varier le contenu contractuel en réponse aux circonstances économiques sont toujours déterminantes de la conclusion du contrat. H. Capitant l'a noté il y a presque quarante ans (130) : « La recherche de la volonté n'est pas de mise en notre matière... Le créancier attache à la clause une importance primordiale. » M. Voirin (131) l'a aussi signalé à la même époque. M. J.-Ph. Lévy, quoiqu'il opère une approche objective dans l'élaboration du contrôle des clauses (132), adopte ici l'approche

(129) *Supra*, n°s 191 et s.
(130) D.H., 1927, chr. p. 1.
(131) Rev. critique, 1926, p. 337.
(132) *Supra*, n° 56.

subjective et aboutit aux mêmes résultats : « A notre époque, on peut raisonnablement considérer qu'une clause d'échelle mobile a toujours été la condition *sine qua non* de consentement, même si l'on n'a pas pris la précaution de le dire expressément dans le contrat par une convention spéciale de résiliation au cas d'empêchement de son libre jeu (133). » Pour lui, donc, la clause doit être considérée comme étant, dans l'esprit des contractants, une condition impulsive et déterminante. Comme l'observaient MM. Mazeaud, « le caractère impulsif et déterminant de cette clause doit être présumé (134) ».

377. — Certes, on relève encore dans la doctrine quelques hésitations; des auteurs accueillent avec méfiance cette présomption basée sur l'intention des parties. Pour M. L. Page (135), « considérer toutes les clauses d'indexation comme ayant été déterminantes de l'engagement des parties c'est, semble-t-il, aller bien loin, bien vite ».

Cependant, cette méfiance à l'égard du caractère déterminant de la clause semble être le signe de l'échec de toute analyse de la psychologie des parties plutôt que celui d'une possibilité de diviser le contenu du contrat. M. Doucet semble le croire (136). Il se tourne vers la nature même des clauses pour y trouver une solution absolue dans le sens de l'indivisibilité du contrat. Pour lui, « l'indexation a incontestablement, dans l'acte où elle est stipulée, un effet essentiel puisqu'elle détermine le prix qui est dû par l'une des parties... *C'est plus qu'une clause qui est atteinte*, c'est l'obligation de l'une des parties telle qu'elle avait été déterminée dans l'acte ».

378. — Ainsi, l'illicéité de la clause devait, dans la logique du système de la nullité, aboutir à la nullité du contrat tout entier. C'est dans le but de faire prévaloir cette nullité que la doctrine précédente a dégagé le caractère déterminant et essentiel de la clause. Or, la jurisprudence a plutôt adopté la position contraire. Elle annule la seule clause tout en maintenant le contrat. N'est-ce pas la preuve qu'elle adopte un autre système pour la sanctionner ?

§ 2. — Le maintien du contrat assorti d'une clause illicite et la suppression de la clause.

379. — La jurisprudence française s'est tournée vers une voie tout à fait contraire à la logique de la nullité : la suppression de la seule clause illicite a été prononcée très souvent.

D'abord, il y a des procès qui sont particulièrement favorables à l'adoption des conséquences de l'adaptation. Il s'agit des contrats de

(133) J.C.P., 1959.1472. Cf. A. Besson, conclusion précitée ; G. Hubrecht, Thèse précitée, pp. 353 et s., notamment p. 356 ; J. Noirel, *loc. cit.*, n° 48.
(134) R.T.D.C., 1952, p. 524.
(135) Jour. Not., 1959, art. 45986.
(136) Thèse précitée, n° 316.

prêt assortis de clauses illicites mais qui ont été exécutées, le seul problème se posant étant celui de la restitution de la somme empruntée et le calcul de cette somme. La jurisprudence n'a pas hésité à annuler la seule clause illicite tout en faisant droit à la demande en paiement de la dette et en limitant son montant à celui de la créance initiale sans rechercher si la clause était ou non déterminante (137), même sans aucune référence à la volonté des parties.

Dira-t-on encore qu'il s'agit dans ces espèces de la liquidation du contrat nul ? La règle *nemo auditur* aurait empêché la restitution de l'argent prêté si on était encore dans le domaine de la nullité. En tout cas, dans une espèce analogue, où il s'agissait d'une clause d'échelle mobile insérée dans un contrat de travail, la Cour de cassation a refusé de tenir compte de la clause pour le calcul d'un rappel de salaire ou d'une indemnité de congé payé, tout en cassant l'arrêt de la cour d'appel « *sauf du chef du jugement ayant déclaré l'existence d'un contrat de travail entre les parties* (138) ».

380. — Si, dans les procès précédents, les faits étaient favorables à l'admission des conséquences qui ne s'accordent pas parfaitement avec le système de la nullité, celle-ci n'étant posée qu'indirectement, la jurisprudence dans d'autres espèces — d'ailleurs plus nombreuses — a été placée directement devant l'alternative : nullité du contrat ou suppression de la seule clause illicite. Mais encore une fois, les tribunaux n'ont pas tardé à maintenir le contrat tout en déclarant la clause illicite inefficace. Il s'agit des clauses qui n'ont été insérées dans le contrat qu'après sa conclusion (139), ou de clauses qui ont été insérées dans le contrat dès sa conclusion, mais les parties ne les ont pas observées pendant plusieurs années (140).

Sans doute le maintien du contrat a-t-il été prononcé par référence à la volonté des parties. On relève dans ces décisions que, la clause n'ayant été ajoutée que postérieurement à la passation du contrat, « elle ne peut être considérée comme ayant été l'une des conditions déterminantes de l'accord des parties » ou « qu'elle n'était qu'une clause de style dont il n'avait jamais été tenu compte lors du versement des arrérages de la rente... ».

Mais la clause n'est-elle pas, à la vérité, déterminante, du seul fait de son insertion après la conclusion du contrat ? L'insertion de la clause n'est-elle pas une modification fondamentale de l'économie du contrat proposé par le créancier et accepté par le débiteur ? Le fait déterminant dans l'esprit du juge ne consiste-t-il uniquement en ceci,

(137) T. C. Seine, 27-11-1951, D., 1951.J.409 ; Cour d'app. Dijon, 25-6-1953, D., 1953.J.582 ; Cass. civ., 1-11-1953, J.C.P., 1953.11.7840.

(138) Cass. soc., 22-11-1951, J.C.P., 1951.11.6649.

(139) Trib. com. Seine, 6-1-1937, Gaz. Pal., 1937.1.465.

(140) Req., 27-11-1933, D.H., 1933.585 ; Req., 30-4-1934, Gaz. Pal., 1934.11.434, S. 1934.1.216 ; Civ., 21-11-1932, D.H., 1933.19 ; Trib. civ. de Rouen, 6-1-1939, Gaz. Pal., 21-4-1939. Pour d'autres exemples, Planiol et Ripert, *Traité*, T. VII, p. 574, note 4.

que le contrat a réuni tous les éléments de sa validité en dehors de la clause, la question de son caractère déterminant étant sans aucune influence ? Et le même raisonnement n'est-il pas valable pour la clause insérée dès la conclusion du contrat, mais dont les parties n'ont pas tenu compte ? Plutôt que de voir dans ce dernier fait un indice du caractère non déterminant de la clause, n'est-il pas juste de dire que, dans la conscience du juge, le contrat a réuni les conditions de sa formation en dehors de la clause illicite, et que la non-exécution antérieure de la clause constitue une soumission ultérieure aux exigences de la règle légale ?

D'ailleurs, la Cour de cassation (141) semble le dire expressément : « Attendu qu'en *exécutant ainsi volontairement* le contrat, *tout en renonçant à l'observation de la clause,* les parties ont, en connaissance de cause, abandonné cette clause, *expurgeant ainsi leur contrat du vice* qui aurait pu entraîner sa nullité... ». La Cour de Lyon relève, pour sa part que « lorsque assigné antérieurement en réduction du prix du loyer, le bailleur n'a pas invoqué cette clause (une clause valeur-or), il peut être considéré comme ayant renoncé à s'en prévaloir par la suite (142) ».

Aussi, d'autres décisions déclarent purement et simplement que la clause est « réputée non écrite », sans autre précision, formule qu'emploie l'article 900 du Code civil français avant sa dénaturation par la jurisprudence (143).

Alors même que les parties se seraient prononcées en faveur de la nullité du contrat, la jurisprudence avait le courage de poursuivre les exigences de l'économie du contrat sur le plan de la sanction, sans aller ouvertement à l'encontre des principes de la nullité. Elle a pu « présenter des règles impératives sous la forme de l'interprétation de la volonté tacite en suivant une sorte de réflexe héréditaire (144) (145).

381. — Or, si les juges préfèrent « habiller l'ordre public avec une prétendue volonté contractuelle (146) », on trouve au moins une décision de cour d'appel, ancienne d'ailleurs, qui s'est prononcée expressément contre la volonté exprimée des parties, pour ne retenir que les exigences de l'économie du contrat et la logique de l'adaptation.

La cour d'appel de Rouen (147) a dû choisir le maintien du contrat et la suppression de la seule clause illicite dans les circonstances

(141) Req., 30-4-1934, précité.
(142) 31-10-1938, D.H., 1938.604.
(143) Typique à cet égard, Trib. Seine, 17-3-1919, D. 1924.2.17, note H. Lalou.
(144) MALAURIE, *op. cit.*, n° 387.
(145) Exemple, T. C. Melun, 5-6-1924, D. 1924.II.97, note Lalou ; T. C. Chateaudun, 26-6-1926, Gaz. Pal., 1925.2.622 ; T. C. Nice, 18-5-1926, S. 1926.2.87.
(146) MALAURIE, *op. cit.*, n° 387. En effet, il est extrêmement difficile de s'affranchir des principes de la nullité, régime du droit commun.
(147) 16-11-1922, D., 1926.II, p. 57, note Capitant.

suivantes : un bailleur avait stipulé que le paiement du fermage se ferait en nature, blé et avoine, si le cours forcé devait être établi. Le contrat de bail précisait la valeur qu'il fallait attacher à la clause : « Sans la certitude de sa pleine exécution, le présent bail n'aurait pas été consenti. » L'insertion de cette clause *résolutoire* manifestait assez que, dans l'esprit des parties, la clause avait été déterminante. Cependant, la cour d'appel ne s'en préoccupe pas et considère seulement le résultat néfaste qu'aurait l'annulation totale en rendant inefficace la règle légale qui détermine le contrôle des clauses. L'annulation aurait pour effet de libérer le bailleur « de ses propres obligations, par l'annulation à son profit du bail lui-même, ce qui lui permettrait d'atteindre ainsi, par une voie indirecte, tout ou partie de l'avantage qu'il a voulu s'assurer ». La Cour est donc sensible au fait que la nullité du contrat permettrait d'en faire un nouveau, à un moment où la majoration que le législateur s'était efforcé d'éviter, se ferait sans clause prohibée.

D'ailleurs, la Cour relève que « l'engagement de payer un fermage en denrées ou récoltes n'est pas immoral ou illicite ; que la stipulation précitée ne revêt ce dernier caractère qu'à l'égard du bailleur dans l'intérêt exclusif duquel elle a été prise... que ne donnant aucun pouvoir analogue au preneur qui la subissait, elle n'est pas illicite ou immorale de sa part ; que la nullité imputable au bailleur seul qui l'a imposée, ne peut avoir pour effet de le libérer de ses propres obligations ». Analysant cette formule, H. Capitant y voyait une punition du bailleur, pour avoir tenté de se soustraire à l'application d'une loi d'ordre public. Ne faut-il pas plutôt y voir une expression des conséquences de l'adaptation que l'on n'ose exprimer ? La Cour ne voulait pas tant de punir le bailleur que de dire simplement que, le contrat n'étant pas à proprement parler nul, la règle légale rendant la clause illicite ne saurait profiter au bailleur, mais au seul preneur, en l'affranchissant des charges que lui imposait la clause illicite.

382. — C'est là, sans doute, la manifestation isolée d'une jurisprudence explicite et directe en la matière. Mais la raison en est que les juges peuvent éviter d'avouer les principes sur lesquels ils s'appuient. Il y a eu au moins conscience, de la part des tribunaux, de la nature des règles qu'ils sanctionnent, même si cette conscience ne s'est manifestée qu'indirectement.

383. — Bien sûr, certaines décisions se sont prononcées pour la nullité du contrat (148). Même récemment, des décisions prononcent

(148) Trib. civ. Seine, motifs, 31-7-1923, D.P., 1924.2.23 ; Trib. civ. Belfort, 10-3-1926, D. 1926.2.95 ; Pau, 20-7-1926, S. 1926.2.86 ; Trib. civ. Seine-et-Marne (Section Melun), 5-11-1926, D.H. 1926.559 ; Trib. Lille, 21-7-1952, J.C.P., 1953.IV.40 ; Trib. com. Cambrai, 21-12-1947, Gaz. Pal., 29-4-1949 ; Req. 22-12-1930, S. 1952.1.6. Pour d'autres exemples, voir : Planiol et Ripert, T. VII, p. 574, note 31.

encore cette nullité (149). La règle ne va donc pas sans souffrir certaines atténuations. Mais on ne voit pas d'autre base pour justifier ces atténuations, « que les circonstances d'équité ou une casuistique de l'intention bien contestable (150) ». En tout cas, ces exceptions sont toujours la rançon d'une jurisprudence qui repose sur des principes inavoués et qui ne trouvent pas encore une place bien assise dans la théorie juridique

Le problème ne paraît pas devoir changer d'aspect après les ordonnances de 1958 et 1959 instituant le contrôle de l'indexation en France. Ces ordonnances se contentent d' « interdire » les clauses jugées illicites, sans se préoccuper des modalités de la sanction. La jurisprudence suivra-t-elle la ligne qu'elle avait déjà tracée avant même de disposer d'un texte instituant le contrôle ? Il est encore assez difficile de le dire maintenant, vu la nouveauté de la mise en œuvre de ces textes.

Sous-section II

LA SANCTION DES REGLES ORGANISANT LE CONTENU CONTRACTUEL EN REPONSE AUX CIRCONSTANCES ECONOMIQUES

384. — Très souvent, le législateur, pour faire respecter la réglementation de l'économie du contrat, se trouve obligé de faire appel au droit pénal. Il est, en fait, bien peu de matières qui ne contiennent des règles sanctionnées pénalement. Les auteurs qui se sont préoccupés des problèmes posés par la direction de l'économie sont unanimes à relever « l'importance primordiale du droit pénal dans un système d'économie dirigée (151) ». Toutefois, le législateur ne se soucie pas toujours de prévoir les répercussions de la réglementation qu'il édicte pour l'économie du contrat, sur l'efficacité juridique des actes passés en contravention de cette réglementation.

Or, toutes les fois que le législateur s'est occupé des incidences civiles des règles qu'il pose, il apparaît très conscient de la nature de ces règles et de leurs exigences quant à la sanction, lorsqu'il confie au juge la tâche de modifier le contrat pour l'adapter à la règle juridique violée (§ 1). Néanmoins, même lorsque celui-ci s'est contenté du droit commun, le juge semble de plus en plus — après quelques hésitations — avoir le courage de répondre à ces exigences (§ 2).

(149) Cour d'appel Paris, 4-5-1951, Gaz. Pal., 1951.2, p. 61, solution approuvée par MM. Mazeaud, R.T.D.C., 1951, p. 524 ; Cour d'appel d'Orléans, 22-7-1953, D., 1953.J.655.

(150) Farjat, *op. cit.*, n° 497.

(151) Vitu, *Réglementation des changes et Droit pénal*, dans l'ouvrage collectif de l'Institut du Droit comparé de l'Université de Paris, « Le contrôle des changes », Paris, 1955, pp. 73 et s. Cf. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne, op. cit.*, n° 109.

§ 1. — La modification du contrat lorsqu'il existe un texte.

385. — C'est principalement en matière de baux que le législateur a substitué la modification du contrat à la nullité. Selon l'article 35 de la loi française du 1er-9-1948, lorsque le loyer dépasse la valeur locative, il doit être ramené à cette valeur. De même, la loi a prévu la répétition des sommes indûment perçues.

Il en est de même de l'article 6 de la loi égyptienne n° 121, 1947, sur les baux de location. Celui-ci prévoit « la nullité » de toute clause contraire à ses dispositions et explique ce qu'il entend par cette nullité : le juge doit décider la restitution du trop perçu ou son amputation sur le loyer qui sera dû dans l'avenir. Ainsi, la nullité ne signifie pas ici que le contrat ne produit aucun effet, mais que le loyer doit être réduit jusqu'à la limite licite (152).

De même, l'article 34 de la loi de réforme agraire disposait que le preneur de la terre agricole peut faire restituer tout ce qu'il a payé au-dessus du maximum autorisé. Cependant, le législateur égyptien, pour corroborer la sanction du droit commun, a substitué à ce texte un autre qui réprime pénalement le fait du bailleur et autorise le juge, en plus, à le condamner à payer au preneur une somme qui ne dépasse pas le triple du trop perçu par lui (153).

386. — Toutes ces dispositions ne doivent pas poser de problèmes dans leur application. Le contrat est toujours valable et produit tous ses effets dans la limite légale : le débiteur n'est obligé que dans ces limites et il peut faire restituer le trop perçu qu'il a payé, s'il y en avait ; il a donc toujours une action de réduction et une action en répétition de l'indû.

387. — On trouve d'autres applications législatives de la substitution de la modification à la nullité dans les contre-lettres en matière de cession d'offices ministériels comme en matière de dissimulation fiscales en France (loi du 27-2-1912), et en matière de taux de l'intérêt illicite en Egypte (article 227, C.C.E.).

§ 2. — Les solutions jurisprudentielles en l'absence de textes : la taxation.

388. — « On pouvait hésiter, dit M. Carbonnier, entre : 1° la nullité absolue dans la logique un peu simpliste de la notion d'ordre public; 2° la nullité relative, plus conforme à cette considération que la taxation est faite pour la protection du consommateur et même; 3° la simple réduction du prix illicite en harmonie avec la législation moderne

(152) Alsnahouri, *Alwassit, op. cit* T. 6, 2e vol. (Le bail) n° 1025.
(153) *Idem*, n° 743.

de la lésion, mais exigeant du juge... qu'il s'accoutumât à l'idée d'une révision des contrats (154). »

On a vu comment la nullité a pour corollaire que les obligations prévues par le contrat nul ne sont pas exigibles et que même lorsqu'elles sont exécutées, elles doivent être rendues par l'effet rétroactif de la nullité : l'acheteur doit restituer la chose vendue, et le vendeur, le prix payé. Par contre, quand il s'agit d'une simple adaptation du contrat, celui-ci est susceptible d'exécution ; tout simplement, l'acheteur n'est tenu que du prix licite et, s'il arrive qu'il paye en plus, il a le droit de faire restituer le trop perçu. Or, la jurisprudence s'est montrée peu favorable aux exigences de l'adaptation lorsque le procès devant elle s'était engagé directement sur l'alternative nullité-validité (A), elle a été assez sensible à la logique de ces exigences lorsqu'il s'est agi d'une exécution déjà faite et que l'acheteur faisait valoir la règle légale violée pour se faire restituer le trop payé par lui (B).

A. — L'affirmation du principe de la nullite.

389. — Reprenant un jugement rendu le 18-2-1940 par le tribunal civil de La Rochelle, la cour d'appel de Poitiers, dans un arrêt du 30-7-1941 (155), a jugé qu' « une vente faite au-dessus du prix imposé, à peine de sanctions correctionnelles... est interdite par l'ordre public et tombe sous le coup de l'article 6 du Code civil ». Et la Cour se montre particulièrement ferme lorsqu'elle constate que de telles conventions sont « inexistantes et radicalement nulles ». Le corollaire de cette nullité « est que non seulement les prestations prévues par cette convention ne sont pas exigibles, mais encore interdites, et que non seulement les parties peuvent, mais encore doivent se refuser à exécuter le contrat instituant le délit de manière à le parachever ».

On voit bien le raisonnement de la Cour : la nullité est la sanction du droit commun ; pour qu'il se substitue à cette nullité une simple réduction de prix, il faudrait que le législateur l'eût expressément prévu.

Dans une autre hypothèse, un vendeur avait reçu en paiement du prix d'un camion une somme de 120 000 francs correspondant au prix licite, et une soulte illicite de 300 000 francs. Avisés par les soins de l'acheteur, les agents du contrôle économique saisissent la soulte illicite et la remettent à l'acheteur. Par la suite, le vendeur réclame restitution de son camion en soutenant que la vente était nulle. Débouté en première instance, il obtient gain de cause devant la cour d'appel de Montpellier (156). Celle-ci n'est pas insensible à l'argument suivant lequel le contrat n'a pu voir le jour faute de

(154) R.T.D.C., 1947, p. 199, Comp. le même auteur, R.T.D.C., 1942, p. 70.

(155) Gaz. Pal., 1941.2.J.211, J.C.P., 1942.II.1889 et note anonyme, R.T.D.C., 1942, p. 70, obs. Carbonnier.

(156) Cour d'appel de Montpellier, 12-11-1947, S. 1948.II.15.

rencontre des volontés. Elle note que « la vente pour 120 000 francs n'a jamais été qu'une fiction », le vendeur ne voulait contracter qu'au prix illicite et l'acheteur ne voulait pas verser ce prix. Mais elle fait également référence aux notions de cause et d'objet pour prononcer la nullité totale.

La Cour de cassation, pour sa part, a approuvé la solution tout en invoquant successivement, pour la justifier, la notion d'objet (157) et de cause (158). Vainement, l'acheteur soutient-il que la convention comportait l'accord des parties sur la chose, tandis que le prix en était fixé par l'autorité administrative », que « la nullité virtuelle de la vente n'était pas exigée par le but de la loi à laquelle elle était contraire (159) ».

Pour la Cour de cassation, outre que le juge ne peut « replâtrer » le contrat, cette fonction étant celle du législateur, le vice attaque le contrat dans ses éléments constitutifs, l'objet ou la cause (160). On ne saurait imaginer que la réglementation ne se situe pas au stade de la formation du contrat.

C'est donc, en dernière analyse, la conception du contrat qui se trouve derrière l'attitude de la jurisprudence : le contrat, c'est l'accord des volontés et rien de plus ; une fois cet accord frappé d'illicéité, le contrat sera nécessairement nul.

390. — On a vu comment il est aussi bien intelligible que nécessaire de distinguer entre le moment de la formation du contrat et celui de la délimitation de ses effets, et entre les éléments constitutifs du contrat et l'aménagement de son économie (161). On a vu que le concept d'objet constitue un élément de la formation du contrat et tout ce qui concerne le montant de la prestation et le concept du prix se trouve en dehors de la notion d'objet et se rattache à l'aménagement de l'économie du contrat (162). On a vu aussi que la cause est une notion fonctionnelle qui se réfère tant aux éléments du contrat qu'à son économie (163).

Par ailleurs, au moins une fois, la Cour suprême s'est montrée audacieuse. Par un arrêt en date du 22-6-1945, la Chambre sociale a admis qu'un locataire obtienne la réduction de son loyer au taux licite : « Il est loisible au locataire... de ne demander la nullité de toute convention lui imposant un prix de location supérieur au taux licite que dans la mesure où le loyer excède ce prix (164). » Pourtant, aucun texte ne prévoyait expressément cette réduction ; ce n'est que

(157) Req., 9-12-1946, Gaz. Pal., 1947.1.J.62, R.T.D.C., 1947, p. 71, obs. Carbonnier.
(158) Civ. com., 25-10-1949, S. 1950.1.64, R.T.D.C., 1950, p. 183, obs. Mazeaud.
(159) Req., 9-12-1946, précité.
(160) Malaurie, *op. cit.*, n° 374.
(161) *Supra*, n°s 343 et s.
(162) *Supra*, n°s 362-364
(163) *Supra*, n°s 365 et s., 438 et s.
(164) Loc. 22-5-1945, Gaz. Pal., 1945.II.73.

par la loi du 1er septembre 1948 (article 35) que la réduction a été prévue.

De même, pour le taux d'intérêt usuraire, la sanction n'est pas la nullité du prêt, qui obligerait l'emprunteur à restituer immédiatement le capital. On se contente de réduire au taux normal les intérêts usuraires, l'emprunteur ayant le droit d'invoquer la compensation entre le trop versé et les intérêts échus non encore payés, et subsidiairement le capital de la créance (165).

B. — L'admission de la restitution du trop verse : Revirement de la Cour de cassation française sur le principe de la nullite, sanction de droit commun.

391. — A une époque où la Cour de cassation (166) s'était déjà prononcée pour la nullité du contrat en édictant que « les ventes... à un prix supérieur au prix licite, nulles de nullité absolue, ne sont pas susceptibles ni d'exécution ni de novation », un grand nombre de décisions et d'arrêts ont, au lieu d'en tirer les conséquences en décidant le retour au *statu quo ante*, donné gain de cause à l'acheteur qui demande la restitution du trop versé.

C'est ainsi que le tribunal de commerce de Bordeaux (167) admet l'acheteur à agir en répétition de la soulte illicite, « par analogie avec ce qui se passe en matière de dissimulation d'un prix de vente d'immeubles ou de fonds de commerce ».

De plus, un certain nombre de décisions vont considérer que ce qui a été payé, en sus du prix licite, n'était pas dû. La cour d'appel de Nancy (168) a décidé qu' « il est incontestable que l'acquéreur ayant payé une marchandise au-dessus du prix peut intenter une action en répétition de l'indû contre son vendeur pour la partie du prix excédant la taxe, le caractère illicite d'un marché passé au-dessus de la taxe ne mettant pas obstacle aux règles de l'article 1376 du Code civil ».

Le tribunal de commerce de Saint-Dié (169) et le tribunal de commerce de la Seine (170) reprennent la même formule.

Enfin, la Cour de cassation française (171) en est venue à consacrer cette jurisprudence. Dans un arrêt du 10-12-1951, la Chambre civile a décidé que l'acheteur de bois peut répéter le paiement par lui fait de cette marchandise pour la partie excédant le prix de la taxe, ce paiement ayant une cause illicite, les lois et règlements relatifs à la taxation étant d'ordre public.

(165) Mazeaud, *op. cit.*, T. 3, n° 1470.
(166) 9-12-1946, précité.
(167) 7-3-1944, D.A., 1944, p. 84.
(168) 29-8-1948, Gaz. Pal., 1948.11.216.
(169) 8-10-1947, Gaz. Pal., 1947.II.199.
(170) 23-12-1948, D. 1949.J.275.
(171) J.C.P., 1952.IV, tableaux de jurisprudence, p. 22.

La solution est difficile à concilier avec le régime de la nullité (172). C'est un revirement pur et simple de la Cour de cassation française sur sa jurisprudence antérieure.

392. — Ces décisions traduisent sans doute le souci de la jurisprudence d'appliquer à l'économie du contrat la sanction adéquate. Le résultat et le raisonnement même s'accordent parfaitement avec ce que nous appelons l'adaptation du contrat vicié à la règle juridique. MM. Mazeaud (173), commentant l'une de ces décisions, soulèvent le problème à ce dernier point de vue : en agissant en répétition de l'indû, l'acheteur « n'a-t-il pas oublié, et le tribunal avec lui, que si le contrat était valable, il n'avait pas payé l'indû ». M. Farjat se demande (174) : « La répétition de l'indû est-elle admissible alors qu'on considère le contrat comme valable ? Et s'il ne l'est pas, ne convient-il pas d'annuler le tout ? » L'attitude des deux auteurs nous paraît étrange. Ils veulent tirer un argument en faveur de la nullité, non pas de l'analyse du contrat ni de celle de la règle juridique, mais d'une attitude de l'acheteur ultérieure à la conclusion du contrat : son paiement du trop illicite !

M. Farjat se demande encore si ces décisions n'ont pas été influencées par la forme procédurale sous laquelle la question était posée : l'indû (175).

Influence de la procédure, bien sûr, mais n'empêche que la jurisprudence française a pu s'affranchir de la contrainte de principe selon lequel la nullité est le régime de droit commun de la sanction.

393. — Le problème n'a pas été posé — à notre connaissance — devant la jurisprudence égyptienne. Quant à la doctrine, la majorité des auteurs suivent la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation française qui annulait la vente faite à un prix supérieur au prix légal, de sorte que le vendeur et l'acheteur peuvent demander cette nullité en justice (176). Cependant, d'autres optent pour la validité du contrat, « cette opinion étant seule conforme aux règles générales, le contrat n'étant (nul) que dans une partie qui est l'obli-

(172) MAZEAUD, *Leçons, op. cit.*, T. 3, n° 890. En effet la jurisprudence n'est pas inconsciente de la logique de la nullité et du fait que celle-ci une fois admise comme sanction doit aboutir à l'impossibilité de toute restitution. Ainsi un arrêt de la C.A. de Rennes, 14-1-1947 (Gaz. Pal., 1947.1.105), s'insurge contre cette solution, encore adoptée en première instance : « C'est à tort que le Tribunal, au lieu de prononcer la nullité de la convention, s'est borné à réduire le prix convenu au prix fixé par l'arrêté. » En l'espèce le vendeur reprend le camion qu'il avait vendu à un prix illicite, et l'acheteur reçoit la somme totale qu'il avait versée.

(173) R.T.D.C., 1948, p. 73.

(174) *Op. cit.*, n° 500.

(175) *Ibid.*

(176) Soliman MORCOS, *Le contrat de vente*, 1952-1953, p. 134 ; Abd Elfatah Abd ELBAKI, *Le contrat de vente*, 1956, p. 107, cités par M. M. MANSOUR, *op. cit.*, p. 59.

gation de l'acheteur de payer le montant qui dépasse le prix limité (177) ». Même cette dernière doctrine affirme que « le vendeur ne peut demander la nullité du contrat tout entier sur le fondement qu'il n'aurait pas contracté sans le prix convenu (178) ».

(177) M. M. MANSOUR, *op. cit.*, p. 59. Cf. Abdel Moneim ELBADRAOUI, *Le contrat de vente dans le Code civil*, 2e éd., 1958, n° 150, p. 219.

(178) M. M. MANSOUR, *op. cit.*, p. 59.

CHAPITRE II

Le phénomène de dissociation entre la résiliation et l'adaptation.

394. — Nous avons constaté la confusion qui existe dans le régime de la sanction entre les « règles économiques » appelées à jouer leur rôle dès la naissance du contrat et les règles qui concernent les conditions de sa formation : toutes ces règles sont considérées comme mettant des conditions à l'existence d'un contrat valable, conditions dont l'absence entraîne la nullité. Le contrat inadapté dès sa formation est donc nul et doit être liquidé.

Cependant, la règle légale qui a pour objet l'aménagement du contenu contractuel n'est parfois appelée à jouer que dans un laps de temps plus ou moins long après la passation du contrat; elle exige, pour sa mise en œuvre, la modification des circonstances économiques lors de la vie du contrat : c'est l'hypothèse qu'on connaît sous le nom de l' « imprévision ». La nullité n'apparaît donc pas de mise dans cette hypothèse.

Libérées de la conclusion avec les règles qui réglementent les conditions de la formation du contrat, les règles « économiques » qui supposent pour leur application un contrat incontestablement valable et même entré en vigueur, ne se trouvent pas moins liés quant à leur sanction à la dissolution du contrat. La modification des circonstances économiques entraîne, dit-on, la disparition des éléments du contrat et, par là, sa dissolution. Si la nullité, qui suppose un vice originaire du contrat, paraît écartée, la résiliation peut la supplanter.

Comme la nullité, la résiliation fait que les effets du contrat ne peuvent se produire juridiquement, mais cela est seulement pour l'avenir. Cependant, alors que la nullité suppose que le contrat a, dès sa formation, manqué d'une condition légale, la résiliation suppose un contrat valable à l'origine, remplissant dès sa formation toutes

les conditions que la loi exige, mais qu'un événement postérieur prive d'un de ses éléments.

395. — En effet, la sanction de « l'imprévision » est liée à son fondement et aux conditions de sa mise en œuvre. Si cette mise en œuvre suppose la disparition de l'un ou l'autre des éléments du contrat, il devient logique de lui donner pour sanction la résiliation du contrat. Mais si la mise en œuvre de l'imprévision n'entraîne que la modification du contenu contractuel sans toucher aux éléments d'existence du contrat, sa sanction doit être recherchée ailleurs que dans la résiliation; elle doit être cherchée dans la modification obligatoire du contenu contractuel pour l'adapter aux circonstances nouvelles.

Or, une étude des conditions de mise en œuvre de l'imprévision à la lumière du texte égyptien introduisant la théorie permet d'affirmer que son application laisse persister le contrat avec tous les droits et obligations qui en découlent : tout simplement, le contenu de ces droits et obligations doit être modifié pour s'adapter aux circonstances économiques nouvelles.

Ainsi, si la résiliation a eu un écho dans certaines lois consacrant « l'imprévision », notamment celles qui ont accompagné l'apparition des bouleversements économiques, peu à peu, la révision s'est imposée comme la seule sanction adéquate de l'imprévision : le législateur égyptien, dans l'article 147/2 du Code civil, ne parle plus que de la révision.

Section I : *La survivance du contrat aux modifications postérieures à sa conclusion.*

Section II : *La révision, sanction du contrat inadapté du fait des modifications économiques postérieures à sa conclusion.*

Section I

LA SURVIVANCE DU CONTRAT AUX MODIFICATIONS ECONOMIQUES POSTERIEURES A SA CONCLUSION

A lire l'article 147 du Code civil égyptien, il apparaît que quatre éléments sont exigés pour l'adaptation du contrat aux modifications économiques postérieures à sa conclusion. L'imprévisibilité, la généralité, l'exceptionnalité de l'événement survenu et l'onérosité excessive de l'exécution de l'obligation. Les trois premiers éléments sont établis en fonction de l'événement survenu en lui-même, le quatrième en fonction de ses effets sur la valeur économique de l'obligation. Voyons donc ce que chacun de ces éléments ou leur réunion peut avoir sur la vie du contrat et sur son économie.

§ 1. — L'imprévisibilité.

397. — L'analyse de cette condition permet-elle d'en ériger le fait dominant, le critérium d'application de la théorie ? N'est-elle pas plutôt la projection du principe de l'autonomie de la volonté, cette fois sur le plan de la mise en œuvre de « l'imprévision » pour camoufler la réalité qui exige la substitution d'un contenu légal et objectif des obligations contractuelles au contenu volontaire ?

Il faut d'abord savoir à quoi rattacher l'imprévisibilité : à l'événement survenu lui-même ou à ses effets (A). Cependant, quelle que soit la réponse, l'imprévisibilité se ramène, en fin de compte, à l'onérosité de l'obligation (B). Néanmoins, reste toujours des intérêts pratiques importants à la distinction entre l'imprévisibilité de l'événement et l'imprévisibilité de ses effets (C).

A. — Imprevisibilite de l'evenement et imprevisibilite de ses effets.

398. — S'agit-il de l'imprévisibilité de l'événement qui entraîne le déséquilibre contractuel initialement voulu par les parties ou de l'imprévisibilité de ce déséquilibre lui-même ? Faut-il chercher le degré de prévisibilité des fluctuations des prix ou suffit-il de rechercher le degré de prévisibilité des événements générateurs de ces fluctuations ?

Nous avons vu, à propos de la distinction entre la force majeure et le problème auquel on cherche à remédier par la théorie de « l'imprévision », que l'obligation contractuelle peut être mise soit en termes d'activité, de diligence tournée vers l'avenir, soit en termes d'équilibre entre les prestations, c'est-à-dire en termes de valeur économique, ou, si l'on ose s'exprimer ainsi, en termes de prix, et que la force majeure se rattache au premier, tandis que notre problème se rattache au second (1).

399. — Une fois mis en lumière ces deux aspects de l'obligation, il apparaît que la réalisation de l'obligation soulève deux relations avec le monde extérieur : la relation entre l'activité, la diligence, qui est l'essence de l'obligation dans son premier aspect et les événements du monde, et la relation entre la valeur économique qui constitue l'essence de l'obligation dans son deuxième aspect et les prix sur le marché. De là, la force majeure est un *événement* qui s'oppose à « *l'activité* » du débiteur, tandis que notre problème n'est que la discordance entre la *valeur de l'obligation et les prix sur le marché*, sans avoir aucun rapport avec les événements du monde extérieur en eux-mêmes. Qu'il s'agisse du rapport entre la valeur économique de l'obligation et les prix sur le marché, la logique exige donc de

(1) V. *supra*, n°s 151 et s.

parler exclusivement *du caractère imprévisible des fluctuations des prix* en négligeant totalement celui de l'événement. « Un événement, quel qu'il soit, n'a point de rapport direct avec un contrat... Ce n'est pas l'événement qui altère l'équilibre entre les prestations réciproques, mais ses effets (2). »

B. — La portee juridique de la notion d'imprevisibilite : l'imprevisible et l'onereux ou l'anormal.

400. — Peut-on, à vrai dire, distinguer les fluctuations imprévisibles des fluctuations prévisibles ?

a) En effet, les fluctuations économiques sont de la nature même de l'économie libérale. Son mécanisme même, qui comporte l'ajustement constant de l'offre à la demande, implique ces fluctuations. Encore, dans une certaine phase de son évolution, la hausse continue devient-elle un de ces caractères naturels (3).

Ainsi, le contrat, dans cette économie, remplit une fonction de prévision. Chaque contractant espère, en s'engageant, que les prix pencheront en sa faveur. Mais il sait déjà que le contraire est susceptible de se produire, et que son cocontractant compte sur cette possibilité. On peut donc dire, avec Veniamin, qu' « il y a une dose *d'imprévu* dans la nature même du contrat qui est toujours *prévue* par les parties. D'une façon générale... l'imprévisibilité est un fait caractérisant la vie économique... Il en résulte que cette notion, tout en étant utile à la détermination de la matière qui nous préoccupe, est impuissante à la qualifier, comme elle est aussi insuffisante à la fonder (4) ». C'est aussi la prévisibilité de la tendance des prix que vise G. Ripert quand il dit : « Justement, les parties, en prévoyant l'exécution des prestations pendant une longue durée, ont voulu se mettre à l'abri des fluctuations des marchés économiques ; un contrat de longue durée est un acte de prévoyance (5). »

Tout ce qu'on peut mesurer dans les fluctuations des prix, c'est leur intensité. On peut dire qu'elles sont grandes ou petites, normales ou anormales. Or, le degré de ces fluctuations ou leur caractère normal ou anormal est-il autre chose qu'une façon d'exprimer l'onérosité de l'obligation ? Dire que les fluctuations du marché sont normales, c'est dire que l'obligation n'est pas devenue onéreuse pour le débiteur. Dire que les fluctuations sont anormales, c'est dire que l'obligation est devenue onéreuse pour lui.

401. — *b*) C'est peut-être cette vérité, jointe à la confusion de la notion de l'imprévisibilité avec celle de la force majeure, qui ont inconsciemment amené la doctrine et, ensuite, le législateur égyptien

(2) C. Stoyanovitch, Thèse précitée, p. 124.
(3) V. *supra*, 1re partie, titre Ier, chapitre III, nos 141 et s.
(4) Thèse précitée, p. 376.
(5) *Le régime démocratique..., op. cit.*, n° 95.

à parler non pas de l'imprévisibilité des fluctuations de prix, mais de l'imprévisibilité des événements qui se trouvent derrière ces fluctuations. Le rattachement de l'imprévisibilité à l'événement et non aux fluctuations du marché en droit positif égyptien est-il donc susceptible de changer la portée juridique de la notion de l'imprévisibilité ?

402. — En effet, c'est uniquement dans la conscience même de chaque individu qu'on peut chercher l'imprévu et le prévu. D'ailleurs, c'est ce qui correspond à une théorie basée sur l'autonomie de la volonté si on pousse la logique jusqu'au bout. Or, peut-on donner une portée juridique à des éléments purement subjectifs ? La capacité humaine de prévision est infiniment variable. Devant l'impossibilité de pénétrer la conscience individuelle, il serait décevant de tenter de la délimiter de façon précise. Toute interprétation est arbitraire (6). Ajoutons que les prévisions des parties peuvent être discordantes. Ainsi, le législateur égyptien a abandonné la recherche du prévu et de l'imprévu pour lui substituer celle du prévisible et de l'imprévisible, c'est-à-dire la possibilité ou l'impossibilité de prévoir, de telle sorte que le critère acquiert une existence objective qui le détache des réalités psychologiques aux contours trop fuyants.

403. — Nous avons vu comment l'imprévisibilité n'est pas attachée à certains événements limitativement énumérés et que, dans l'absolu, rien n'est, dans ce monde, imprévisible. Nous avons vu comment l'exigence de l'imprévisibilité de l'événement à propos de la force majeure a conduit la jurisprudence ou bien à des solutions injustes, ou bien à déclarer certains événements imprévisibles contre toute évidence (7). Nous avons vu comment une fraction de la doctrine a essayé de résoudre le problème en débarrassant la force majeure, purement et simplement, du caractère de l'imprévisibilité en la ramenant à une question de contenu de l'obligation, de diligence due par le débiteur selon le contrat complété parfois par la loi (8).

La question se pose de la même façon dans l'imprévision : ou bien on exige l'imprévisibilité absolue de l'événement et on aboutit à des solutions injustes et contraires au but de l'institution, ou bien on se contente de l'imprévisibilité et la prévisibilité du bon père de famille, et la condition de l'imprévisibilité se ramène ainsi à une condition de normalité ou d'anormalité de l'événement. Ce qui est normal, on le considère prévisible, et ce qui est anormal on le suppose imprévisible. Ce n'est donc qu'après un examen des circonstances de chaque espèce qu'on peut établir pour l'un ou pour l'autre événement

(6) Auverny-Bennetot, Thèse précitée, p. 20 ; Voirin, Thèse précitée, pp. 46 et 59 ; A. Hachich, Thèse précitée, p. 215.

(7) *Supra*, n^os^ 248 et s.

(8) A. Hachich, Thèse précitée, pp. 216 et s., et les arrêts du Conseil d'Etat égyptien cités par lui ; dans le même sens, les arrêts concernant la loi de la réforme agraire cités par M. K. Abou Alkhir, *La loi de la réforme agraire*, 1^re^ éd., Le Caire, 1961, pp. 32 e ts., Alsanhouri, *Alwassiet, op. cit.*, p. 644.

son caractère imprévu, voire, en réalité, anormal. C'est dans ce sens que paraît s'orienter la jurisprudence. Elle insiste sur le critère de la « personne ordinaire » ou sur le fait que l'événement ne peut pas être prévu normalement (9).

Qu'il s'agisse de l'imprévisibilité des fluctuations économiques ou des événements qui les engendrent, on aboutit donc fatalement au même résultat : l'impossibilité de distinguer l'imprévisible du prévisible et le retour à la recherche de l'anormal et du normal, voire, l'onéreuse et la non onéreuse. A quoi bon établir une distinction entre l'imprévisibilité des fluctuations des prix et l'imprévisibilité des événements générateurs de ces fluctuations ?

C. — Interet pratique de la distinction entre l'imprevisibilite de l'evenement et l'imprevisibilite de ses effets.

404. — Certains de ceux qui sont conscients de la distinction sur le plan théorique ne voyaient pas de « mal » à parler de l'imprévisibilité de l'événement, la distinction étant, à leurs yeux, dépourvue d'aucun intérêt pratique (10). Cette attitude semble être celle du Code civil égypien. Il nous apparaît, toutefois, que la distinction est pleine de signification et de conséquences pratiques.

1° D'abord, il y a quatre hypothèses à envisager : ou bien l'événement et ses effets sont anormaux, ou bien ils sont normaux ; dans ces deux hypothèses, la distinction est dépourvue d'intérêt ; ou bien l'événement est anormal tandis que ses effets sont normaux, et on ne voit pas comment la théorie pourrait s'appliquer ici ; ou bien l'événement est normal et ses effets sont anormaux, et on ne comprend pas pourquoi on n'adapte pas le contrat (11). L'anormalité des effets permet donc des solutions plus justes, plus cohérentes et plus conformes au but de l'institution (12).

(9) *Supra*, n°s 251 et s.

(10) Stoyanovitch, Thèse précitée, p. 125.

(11) Même sens, Alkourani, *loc. cit.*

(12) On voit à quel résultat injuste et injustifié aboutit le rattachement de l'imprévisibilité à l'événement dans la dernière hypothèse. La jurisprudence égyptienne a jugé que, dans les contrats conclus après la guerre, on doit prévoir toutes ses conséquences.

Le Conseil d'Etat égyptien a rejeté une demande d'allocation d'indemnité dans un contrat conclu pendant la dernière guerre mondiale, « considérant que... le requérant fait remonter la hausse des salaires des ouvriers à la promulgation de l'arrêté de l'autorité militaire du 9 décembre 1942 accordant une subvention de vie chère aux ouvriers, bien que le contrat de travaux ait été signé le 7 novembre 1942, pendant la seconde guerre mondiale... et que toute personne normale estime que la guerre est accompagnée d'une hausse des prix et d'une augmentation des salaires (C.E.E., 5 mai 1953, n° 495). Bien sûr la guerre s'accompagne toujours de la hausse des prix et de l'augmentation des salaires, comme le constate le Conseil d'Etat égyptien. Mais celui-ci devait, avant de rejeter la demande du

2° Ensuite, une autre conséquence inhérente à la preuve. Nous savons que les fluctuations sont inhérentes à la nature même de l'économie. Elles sont, la plupart du temps, la conséquence d'une multitude d'attitudes ou d'événements indiscernables. Ainsi, on voit que les événements générateurs des fluctuations de prix ne peuvent être isolés et leur existence démontrée que s'ils sont de nature extra-économique. Chercher l'anormalité de l'événement en excluant celle de ses effets c'est condamner la théorie à se restreindre aux cas extra-économiques et, par là, à trahir la fonction pour laquelle elle a été élaborée.

405. — La jurisprudence du Conseil d'Etat français a fait l'objet d'une évolution heureuse en la matière.

Bien qu'il eût commencé par appliquer la notion de l'imprévisibilité de l'événement, il en est arrivé finalement à adopter celle des fluctuations de prix. Dans un arrêt du 9-11-1921 (13), il a rejeté la demande d'indemnité dans un contrat de fourniture passé après le début des hostilités. Mais il n'a pas tardé, en 1948, à admettre la demande d'indemnité à cause des hausses de prix provoquées par des lois sociales promulguées avant le contrat, étant donné que « *l'ampleur des hausses a pu excéder la limite* de celles qui pouvaient raisonnablement entrer dans les prévisions des parties le 1er avril 1935 (14) ».

406. — Que reste-t-il, avec cette jurisprudence, de l'imprévisibilité ? Ne se confond-elle pas purement et simplement avec l'onérosité de l'obligation ou le bouleversement de l'économie du contrat ?

Vouloir donner un contenu réel à l'article 147/2 du Code civil égyptien, à la théorie des événements survenus, c'est d'abord se débarrasser de la condition de l'imprévisibilité et lui substituer l'anormalité des fluctuations des prix et non celle des événements qui en sont générateurs. Or, cela signifie purement et simplement se contenter de la dernière condition, celle de l'onérosité de l'obligation.

Ainsi, il n'est pas étonnant de lire chez M. Voirin que « l'imprévisibilité se reconnaîtra à ce signe que l'exécution d'un contrat est devenue particulièrement onéreuse, soit parce que le contrat a cessé de répondre à l'utilité sociale qui en était la raison d'être, soit si

locataire, chercher si la hausse des prix et l'augmentation des salaires subséquant à la conclusion du contrat, étaient anormales ou normales.

La Cour de cassation égyptienne a confirmé un arrêt rendu par une Cour d'appel déclarant que le relèvement des prix de la viande n'était pas une circonstance imprévue, étant donné « que tout homme clairvoyant doit prévoir son renchérissement tant que la guerre n'est pas terminée. (Cass. civ. égyptienne, 8-11-1951, n° 24, an XIX, Recueil des arrêts de la Cour de cassation, an III, p. 26. Cf. Trib. d'Alexandrie, 22-11-1954, 20-6-1955, 26-4-1955).

(13) Rev. du droit public et de la science politique, 1921, p. 486.

(14) C.E.F., 10 mars 1948, Actualités juridiques, 1948, pp. 331 et s.

cette utilité subsiste, parce que l'exécution rompt d'une façon notable l'équilibre des prestations (15) ».

Aussi n'a-t-on pas hésité à conclure, à propos de la jurisprudence du Conseil d'Etat français, que « l'exigence de l'imprévision est..., dans la théorie du Conseil d'Etat, une condition négative : il ne faut pas qu'il s'agisse d'un aléa ordinaire ».

« Et ce caractère négatif de l'exigence d'imprévision correspond bien à la nature des choses. Il est artificiel, en effet, de fonder une théorie sur le consentement des parties et sur l'autonomie de la volonté, et au lieu de s'occuper réellement de ce que les parties ont voulu et prévu, de présumer d'une façon arbitraire ce qu'elles devaient prévoir et ce qu'elles ne sont pas en faute de n'avoir pas prévu (16). »

§ 2. — Le général et l'exceptionnel dans la notion d'imprévision.

407. — La confusion entre l'événement et ses effets n'est pas sans influence sur les autres conditions d'application de la théorie des événements survenus. Rattacher l'imprévisibilité à l'événement dans cette théorie, à l'instar de la force majeure, marque un rapprochement incontestable, voire une confusion, entre les deux notions. C'est pourquoi deux éléments nouveaux ont été ajoutés aux conditions de l'imprévision afin de la distinguer de la force majeure : le caractère général (A) et le caractère exceptionnel (B).

A. — Le general dans l'imprevision.

408. — Chaque événement peut constituer une force majeure tant qu'il a empêché la réalisation du résultat escompté, bien que le débiteur ait agi avec la diligence que lui impose l'obligation, que cet événement soit de portée générale ou particulier à cette obligation déterminée, qu'il soit exceptionnel ou non. Tout au plus, exige-t-on la non imputabilité de l'événement au débiteur ou son extériorité à l'entreprise de celui-ci (17).

On requiert donc (dans la théorie classique) une impossibilité absolue et non relative au débiteur. Mais, en plus du fait que l'idée d'impossibilité est inexacte (18), il s'agit ici non pas de la généralité de l'événement proprement dit, mais de l'impossibilité qui a son fondement dans la prestation en soi et non dans la situation du débiteur et ses moyens d'action (19). C'est ainsi que s'explique la

(15) Thèse précitée, p. 146. V. aussi p. 156 de la même thèse.
(16) J. Auverny-Bennetot, Thèse précitée, p. 64.
(17) H. et L. Mazeaud et Tunc, *Traité, op. cit.*, T. II, n° 1565.
(18) *Idem*, n° 1572.
(19) J. Radouant, Thèse précitée, p. 49 ; cf. Stoyanovitch, Thèse précitée, pp. 158 et s.

jurisprudence qui reconnaît fréquemment, comme une condition de la force majeure, la « généralité » de l'événement. « *Il serait vain*, dit M. Radouant (20), *de croire que seul un empêchement général, existant en fait pour toute une catégorie de débiteurs, doit être pris en considération* ; la généralité de l'impossibilité n'a pas de valeur en soi. Mais sa constatation répond à la comparaison qu'il y a lieu de faire entre la conduite du débiteur et celle d'autres débiteurs placés dans les mêmes conditions objectives : elle apporte la preuve que *l'impossibilité rencontrée par le débiteur ne lui était pas personnelle* et que d'autres n'auraient pu en triompher. »

409. — S'il en est ainsi dans la force majeure, il s'agit, par contre, dans ladite théorie de « l'imprévision », d'un phénomène général à proprement parler. L'évolution des prix du marché est une chose générale par elle-même qui dépasse telle ou telle obligation pour peser sur tous les contrats, ou du moins sur une catégorie d'entre eux. Se contenter de l'imprévisibilité de l'événement, comme c'est le cas dans la force majeure, aurait donc étendu l'application de la théorie au-delà des circonstances économiques de nature générale, pour embrasser tout événement qui hausse pour le débiteur le coût de l'obligation, même s'il n'a aucun effet sur l'état général des prix. Ainsi, la doctrine et le législateur égyptiens ont été amenés inconsciemment à introduire dans la notion d' « imprévision » la généralité de l'événement et son exceptionnalité. Cette condition a pour fonction de distinguer l'imprévision de la notion de force majeure et lui rend sa particularité qui s'était estompée à cause de leur attitude erronée à propos de la condition de « l'imprévisibilité (21) ».

« Il importe, dit M. Stoyanovitch, de faire remarquer que chacun des événements jugés imprévisible *doit avoir une influence sensible sur le marché et la balance entre l'offre et la demande* pour pouvoir former un cas d'imprévision (...). Autrement dit, il faut qu'il révèle une certaine généralité de ses effets en accablant plusieurs personnes qui ne sont liées les uns aux autres par aucun rapport juridique concernant cet événement. De par là, *la différence entre la théorie de l'imprévision et la force majeure* (22). »

C'est cette généralité qui constitue l'élément positif de la théorie et non pas l'imprévisibilité. C'est sa condition limitative. Mais, a-t-on besoin d'en faire une condition expresse dans l'article 147 ? En effet, une fois mis en lumière, le fait qu'il s'agit des fluctuations des prix et non des événements qui peuvent en être la cause, cette condition paraît découler de la nature des choses. Ainsi, dans chaque cas où il s'agissait vraiment de l'événement lui-même et non pas de ses effets, le Code civil égyptien n'avait pas besoin de retenir la géné-

(20) Thèse précitée, p. 55. Souligné par nous.
(21) Abd El Gawad Mohamed, Thèse précitée, n° 386. Cf. A. Hachich, Thèse précitée, pp. 147 et s. ; Alsanhouri, art. précité.
(22) Thèse précitée, p. 114.

ralité de l'événement. Trois applications de ce genre ont été prévues par les articles 601/2, 608/1 et 609, où la résiliation a été octroyée pour des raisons spéciales, étrangères aux circonstances économiques proprement dites (23) (24).

B. — L'exceptionnel dans « l'imprevision ».

410. — Quant au caractère exceptionnel des événements il est, en effet, difficile de lui donner une portée juridique. « En réalité, dit M. Abdelgawad, on peut classer ces événements de plusieurs manières, selon leurs origines, leurs caractères et, enfin, selon leurs effets. Pour simplifier la question, le juriste ne doit chercher que l'effet de l'événement sur l'exécution de l'obligation, quelle que soit l'origine ou la clause de l'événement (25) (26) ».

(23) Art. 601 : « 1° Le bail ne prend fin ni à la mort du bailleur ni à celle du preneur.

« 2° Néanmoins, en cas de décès du preneur, ses héritiers peuvent demander la résiliation du bail s'ils prouvent que, par suite de la mort de leur auteur, les charges du bail sont devenues trop onéreuses en considération de leurs ressources ou que le bail excède leurs besoins... »

Art. 608 : « 1° Si le bail est fait pour une durée déterminée et s'il survient des circonstances graves et imprévues qui sont de nature à en rendre, dès le début ou au cours du bail, l'exécution trop onéreuse, chacune des parties contractantes peut en demander la résiliation avant l'expiration de sa durée, à charge par elle d'observer les délais de congé prévus à l'article 563 et de payer à l'autre partie une indemnité équitable. »

Art. 609 : « Le fonctionnaire ou l'employé en cas de changement de résidence exigé par le service, peut, s'il s'agit d'un bail à durée déterminée d'un local d'habitation, demander la résiliation du contrat, sauf à observer les délais prévus à l'article 563. Toute convention contraire est nulle. »

(24) A notre avis, la généralité absorbe ou implique l'extériorité de l'événement par rapport à la volonté des parties. Cela explique, pour nous, le fait que l'extériorité n'a pas été mentionnée dans beaucoup d'arrêts ni par quelques auteurs, tant en droit français (administratif) qu'en droit égyptien (Cf. A. Hachich, Thèse précitée, pp. 186 et s.).

(25) Abdelgawad, Thèse précitée, n° 367.

(26) En droit administratif, on affirme que l'imprévision appartient au domaine des phénomènes économiques. En même temps on cherche l'imprévisibilité de l'événement et non celle des fluctuations économiques. Cette attitude a donné lieu à une confusion de la théorie de l'imprévision avec, d'une part, celle du fait du prince, et, d'autre part, avec la théorie des sujétions imprévues.

On a été amené à dire que tout acte du prince qui bouleverse l'économie du contrat constitue un aléa administratif et non économique et relève du fait du prince. Or, une fois que l'imprévisibilité est cherchée dans les fluctuations elles-mêmes et non pas dans les événements qui leur donnent naissance, le critère de la distinction entre les deux s'éclaire et la jurisprudence s'explique. Les actes du prince « touchant les conditions et les clauses du contrat » appartiennent au fait du prince ; ses actes qui modifient « le milieu extérieur de l'exécution » relèvent du domaine de l'imprévision. (Pour une critique détaillée de la distinction des aléas économiques et des aléas administratifs, voir Hachich, *op. cit.*, pp. 150-175.)

De même on a conclu que les bouleversements de l'économie du contrat provenant des phénomènes naturels constituent des sujétions imprévues, mais que cela ne correspond pas à la réalité de la jurisprudence. Or, il suffit de poser correc-

Selon les dires de l'auteur, cette condition n'est donc pas autre chose que celle de l'onérosité excessive de l'obligation. L'événement imprévu est forcément exceptionnel. On doit prévoir une circonstance normale et habituelle (27).

§ 3. — L'onérosité.

411. — Toutes les conditions de l'article 147/2 (à l'exclusion de la généralité) sont des conditions passives. Elles n'ont pas un contenu différent de celui de l'onérosité excessive de l'obligation. C'est, semble-t-il, la seule condition positive pour l'application de la théorie des événements survenus. Les autres conditions ne donnent au juge aucun élément appréciable dans cette application. Celui-ci est obligé de déceler les caractères imprévisibles et exceptionnels dans l'onérosité excessive de l'obligation.

Cette recherche qu'impose au juge l'article 147/2 est, à notre avis, l'équivalent des conseils de modération destinés à apaiser le tourment des esprits libéraux (28).

412. — Nous voyons, derrière la théorie de l'imprévision, une simple limitation légale de l'étendue de l'obligation volontaire à la façon dont l'entend M. le professeur Tunc (29), mais cette fois non pas en termes de l'activité (de la diligence) qu'impose l'obligation au débiteur, mais en termes de la valeur économique de cette obligation.

N'était-il pas plus simple et plus logique d'éviter ce détour et de déclarer la nature exacte de cette mesure destinée à adapter le contrat aux circonstances économiques nouvelles qui exigent l'intervention directe de la loi « contre » la volonté.

Bien sûr, la note explicative du projet du Code civil commente l'article 147/2 comme une extension du domaine de l'exploitation. Mais le préjugé de l'autonomie de la volonté se rencontre dans la notion même de l'imprévision et se répercute, par conséquent, sur sa mise en œuvre.

tement le problème pour que soit facilitée la compréhension de cette dernière. Il n'est pas malaisé d'accepter l'idée que les phénomènes naturels peuvent provoquer un état d'imprévision, s'ils ont pour effet d'influer sur le milieu extérieur de l'exécution du contrat : il s'agit alors des fluctuations économiques. Par contre, les phénomènes naturels, qui ne produisent pas d'effet sur les prix du marché, mais dont l'absence était un élément déterminant dans la conclusion du contrat, constituent des sujétions imprévues. (Pour de plus amples développements, A. HACHICH, Thèse précitée, pp. 175-186.)

(27) A. HACHICH, Thèse précitée, p. 214 ; A. HEGAZI, *op. cit.*, n° 369.

(28) Cf. Adel ALLOBAH, *La théorie des événements survenus*, Almohamah, septembre 1959 (An. 40, n° 1), pp. 248 et s.

(29) *Supra*, n°s 251 et s.

Cette théorie n'est donc plus qu'un aspect de l'insurrection de l'économie libérale au cours de son évolution contre la théorie contractuelle classique (30) dont nous avons vu les différents aspects (31).

Section II

LA REVISION, SANCTION DU CONTRAT INADAPTE DU FAIT DES MODIFICATIONS ECONOMIQUES POSTERIEURES A SA CONCLUSION

413. — Le contrat inadapté du fait des modifications économiques, lors de sa vie, garde tous les éléments de son existence. Ces modifications n'ont pas d'effet que sur son contenu. Adapter un tel contrat aux circonstances nouvelles, c'est modifier son contenu en réponse à ces circonstances.

Ainsi, au fur et à mesure que se dégage la nature exacte du phénomène, on relève une tendance au maintien du rapport contractuel en dépit des changements économiques, tout en révisant son contenu pour l'adapter à ces circonstances.

Dans le cas du Code civil égyptien, la révision impérative est envisagée comme la seule sanction possible de « l'imprévision ».

Si l'on envisage d'autres cas comme celui du contrat déséquilibré à cause de la suppression de la clause illicite dont il était assorti pour varier son contenu en réponse aux circonstances économiques, la solution n'apparaît pas moins sûre.

Sous-section I : *Vers la révision, sanction unique du contrat inadapté du fait des modifications économiques postérieures à sa conclusion.*

Sous-section II : *La révision, sanction unique du contrat inadapté du fait des modifications économiques postérieures à sa conclusion en droit égyptien.*

Sous-section III : *La révision, sanction du contrat déséquilibré à cause de la suppression d'une clause illicite.*

(30) G. Morin, *La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté*, p. 29. Cf. A. Hegazi, *op. cit.*, n° 360 ; Ripert et Boulanger, *op. cit.*, T. II, n° 471.

(31) *Supra*, n°s 277 et s.

Sous-Section 1

VERS LA REVISION, SANCTION UNIQUE DU CONTRAT INADAPTE DU FAIT DES MODIFICATIONS ECONOMIQUES POSTERIEURES A SA CONCLUSION

414. — Dans une première phase, la théorie a été liée à la clause *rebus sic stantibus*, à l'erreur ou à la force majeure : la seule sanction possible paraissait la dissolution du contrat (§ 1). Gagnant son indépendance vis-à-vis de toutes ces notions, on a pu concevoir de la sanctionner par la résiliation ou la révision ; mais enchaînée encore dans les débris de l'autonomie de la volonté, la résiliation est apparue plus contractuelle que la révision (§ 2). Libérée, enfin, de l'autonomie de la volonté et considérée comme une atteinte à celle-ci exigée par les circonstances de l'économie, la révision apparaît comme la seule sanction adéquate (§ 3).

§ 1. — La confusion entre l'imprévision et les notions voisines, sur le plan de la sanction.

415. — Quand on a voulu accueillir la clause *rebus sic stantibus* ou l'idée d'erreur, c'est-à-dire supposer que les parties n'ont pas entendu maintenir le contrat que si les circonstances ne changent pas, c'était pour faire admettre que « les obligations s'éteignent par la survenance de circonstances telles que les parties n'auraient pas contracté si elles les avaient prévues (32) ». Plutôt que de conditions, il vaudrait mieux parler d'un terme extinctif tacite.

Nous avons vu comment cette doctrine s'appuie sur une conception formelle du lien contractuel et met la formation et l'exécution du contrat sur le même plan. Elle conçoit seulement un aménagement de l'économie du contrat qui repose sur l'accord des volontés. Or, il ne s'agit ni de réparer une erreur, ni d'interpréter une volonté, mais seulement de déterminer les suites d'un rapport synallagmatique en face de circonstances nouvelles : c'est une adaptation de volonté qui s'opérera non d'après une volonté présumée, mais en fonction du contenu objectif nouveau de la règle de droit.

416. — De même, la doctrine qui invoquait le concept de la force majeure, même élargi et entendu comme englobant non seulement l' « impossibilité » d'exécution, mais aussi la difficulté de cette exécution, voulait faire échapper le débiteur au lien contractuel, en

(32) Larombière, *Obligations*, IV, n° 1234, cité par Ripert, *La règle morale...*, p. 145.
(33) Charbonnier, *Droit civil, op. cit.*, T. 2, n° 152, p. 503.

invoquant à son appui l'inexécution fortuite et la résolution du contrat. Or, nous avons vu que l'imprévision et la force majeure, si elles se situent toutes deux sur le plan de l'exécution du contrat, n'en sont pas moins deux catégories juridiques bien distinctes. La force majeure évoque la relation entre l'obligation vue en termes d'activité et les événements du monde extérieur : elle désigne le défaut du résultat voulu par le créancier, malgré la réalisation des activités imposées au débiteur, par suite de ces événements ; elle libère le débiteur et entraîne nécessairement la résolution du contrat. « L'imprévision » évoque la relation entre l'obligation vue « en terme de valeur » et l'état du marché qui peut influer sur cette valeur : elle fait déséquilibrer le contrat ; mais elle n'entraîne pas nécessairement la libération du débiteur et la résolution du contrat ; l'exécution reste possible et peut être exigée, mais elle est devenue très onéreuse pour le débiteur.

Dès lors que les buts contractuels subsistent, le contrat peut être suivi d'effet. Il n'en irait différemment que si, par suite de circonstances nouvelles, les buts ou l'un des buts avaient disparu ou encore étaient devenus contraires à la règle du droit. Mais ceci ne veut pas dire qu'il doit s'exécuter aux conditions primitivement fixées ; c'est là une autre question. Les modalités contractuelles peuvent être changées afin que subsiste le rapport exact entre ces modalités et les conditions générales, tant économiques que sociales de la vie, dont on ne peut entraîner l'évolution.

Ainsi, l'autonomie de la notion d'imprévision, par rapport aux catégories juridiques préexistantes, permet d'envisager librement sa sanction. On peut admettre, indépendamment des causes de résiliation résultant du droit commun ou des conventions, une sorte de résolution du contrat pour une lésion postérieure à sa conclusion, conséquence de cette idée que la lésion dans la conclusion du contrat est une cause de nullité. Mais on peut aussi confier au juge le pouvoir de rééquilibrer le contrat en réduisant une prestation ou en en augmentant une autre. La solution emprunte, elle aussi, son fondement à une analogie avec la lésion. Celle-ci, dans son acception moderne (droit égyptien), peut donner au juge le pouvoir, non seulement d'annuler le contrat, mais aussi de le réviser.

§ 2. — La résiliation, la révision et l'autonomie de la volonté.

417. — La résiliation et la révision ne se situent pas sur le même plan dans la doctrine en général. Celle-ci considère la résiliation du contrat comme un procédé moins brutal, plus respectueux du contrat que la révision.

La résiliation est fondée, dans cette doctrine, sur ce fait que, eu égard à l'accord des volontés intervenu entre les parties et à sa rela-

tivité avec le milieu où il a été réalisé, l'exécution dans le milieu nouveau excèderait fatalement les limites de la force obligatoire du contrat. Le juge ne peut réviser le contrat pour en modifier les stipulations. La révision ne peut résulter que d'une entente entre les parties pour éviter la résiliation.

« Il n'appartient point au juge d'orienter l'activité humaine en s'immisçant dans la teneur du contrat.

Sa mission est terminée dès qu'en obéissant aux directives économiques il empêche la ruine de l'individu et lui assure, en même temps que sa sauvegarde personnelle, une participation efficace à la collaboration générale (34). »

418. — La loi Faillat du 21-1-1918, la loi du 9-5-1920 et la loi du 22-4-1948, en France, qui avaient pour but, pendant la guerre de 1914 et après celle de 1939, la résolution des contrats conclus avant la guerre, parce que l'exécution en était devenue trop onéreuse, n'étaient que le triomphe de cette tendance doctrinale (35).

419. — Cette doctrine met l'exécution du contrat et sa formation sur le même plan. Elle considère que l'accord des volontés qui a créé le contrat lui donne, du même coup, sa force obligatoire, et que le contenu du contrat ne peut être obligatoire, indépendamment de cet accord. On a vu l'erreur de cette doctrine et les sources de cette erreur (36). « Les parties, par leur consentement, ont créé un droit qui a un contenu déterminé ; ce droit vit d'une vie propre indépendante de la source dont il émane et, dans une certaine mesure, de son contenu matériel (37). » Ainsi, le « droit » du créancier est détaché, dans une certaine mesure, des dispositions concrètes stipulées par les parties. « Il n'est pas vide de tout contenu matériel, mais il fait corps avec le but du contrat et non avec les clauses particulières de ce contrat. La finalité de l'acte pris dans son ensemble est l'élément matériel constitutif du droit ; celui-ci ne peut se concevoir en dehors de cette finalité (38). Dans cette perspective, la révision du contrat n'est pas plus en contradiction avec la volonté des parties que la résiliation.

En fait, il ne faut pas le dissimuler, la résolution du contrat pour « imprévision », comme sa révision, est dressée contre la volonté contractuelle. L'atteinte à cette volonté vient de la notion même d'imprévision, quelle que soit sa sanction. On l'a déjà prouvé en essayant de dégager l'autonomie de la notion par rapport aux autres notions du droit contractuel (39).

(34) VINIAMIN, Thèse précitée, p. 393.
(35) RIPERT, *La règle morale..., op. cit.*, n° 77.
(36) *Supra*, n°s 110 et s., et 237 et s.
(37) RUSTAN, *Thèse précitée*, p. 185.
(38) *Idem*, p. 189.
(39) *Supra*, n°s 268 et s.

Bien plus, certains trouvent dans la révision la seule solution conforme à l'autonomie de la volonté. Pour ceux-ci, « on ne peut songer à anéantir la convention ; ce serait faire échec au principe de l'autonomie de la volonté, en vertu duquel certains buts ont été, dans le passé, légitimement voulus, et continuent, dans le présent, malgré la débilité des moyens mis à leur service, à être légitimement voulus... La seule sanction adéquate est la révision des modalités du contrat, leur adaptation aux circonstances nouvelles afin de maintenir en équation les buts contractuels et l'ambiance économique et sociale (40) ».

S'il est un droit exorbitant donné aux juges, c'est bien celui de prononcer la résolution sans dommages-intérêts en dehors des cas de force majeure et non pas la faculté de révision (41).

420. — Faut-il, d'autre part, rappeler que dans certaines hypothèses la résiliation ne saurait être concevable ? Une rente viagère constituée contre l'aliénation d'un immeuble ou d'un capital peut-elle être résiliée pour déséquilibre postérieur à son entrée en vigueur ? La résiliation pouvait-elle fournir une solution au problème célèbre de la restitution du cheptel, dans le bail à cheptel, lorsque celui-ci a été exécuté et que la question se pose de déterminer la valeur du cheptel que le preneur doit restituer ? En effet, ceux qui voyaient la sanction de l'imprévision dans la résiliation raisonnaient sur l'hypothèse particulière des marchés de livraison non encore exécutés ou à exécution successive. La nature de ces contrats peut particulièrement s'accommoder avec la résiliation. Lambert remarquait, à propos de la jurisprudence allemande, que « c'est seulement au moment où (on) est passé du domaine des opérations de vente convenues à celui des opérations de ventes réalisées (42) qu'on a vu le passage de l'intervention pour empêcher la réalisation d'opérations commerciales... à l'intervention pour soumettre à réfection judiciaire le règlement d'opérations commerciales réalisées ».

Ainsi, on a vu le législateur, d'abord timidement, puis avec audace, intervenir pour modifier les clauses qui se réfèrent à la durée du contrat ou au délai de son exécution et ensuite pour majorer les prix, surtout en ce qui concerne les baux et les rentes (43).

§ 3. — La résiliation, la révision et l'ordre économique.

421. — Cependant si, du point de vue purement juridique, la résolution équivaut à la révision, y a-t-il lieu d'admettre le principe

(40) VOIRIN, Thèse précitée, p. 196.
(41) *Idem*, p. 200.
(42) *Op. cit.*, p. 74.
(43) Pour ces lois, voir en France, RIPERT, *La règle morale... op. cit.*, n° 78 ; en Egypte, Abd ELGAWAD, Thèse précitée, n° 345.

même de la résiliation du point de vue de l'intérêt économique du pays ? En effet, la sécurité des affaires, qui postule la stabilité des contrats, paraît être ici en conflit avec la résiliation. Par ailleurs, « réviser la convention est souvent lui donner sa seule chance d'être exécutée, car l'intérêt économique du pays est, en général, plus attaché à l'exécution des contrats qu'à leur inexécution (44) ».

422. — Rappelons que l'économie moderne est une économie en croissance (45) et que cette croissance est, par nature, source de déséquilibre et d'inégalités incessantes ; les gains de productivité bénéficient en priorité à certaines catégories et se détournent temporairement des autres. La résiliation se concilie mal avec une « politique des revenus » qui se propose de corriger ces inégalités dans la mesure où elles sont contraires à l'esprit d'équité et de justice sociale.

Il ne s'agit pas, comme on le croyait, de cas « pathologiques » et provisoires qui appellent des solutions transitoires. Il s'agit de toute une politique de revenus pour la répartition juste des produits de la croissance. La résiliation des contrats déséquilibrés ne saurait donc avancer ce problème de répartition.

423. — Ainsi, même dans le droit commun, « les pratiques contractuelles, la jurisprudence, souvent aussi le législateur, tissent... mille liens pour éviter la dissolution du contrat ou, en cas d'impossibilité, pour en limiter les conséquences (46) : limitation du domaine de l'*intuitus personae*, contrôle de la qualification, conditions de forme ou de fonds pour l'exercice du droit à la dissolution, intervention des autorités publiques dans l'exercice du droit de la résiliation et, enfin, maintien du rapport contractuel arrivé à son expiration par voie d'autorité (47) ».

424. — Par contre, avec la transformation du contexte économique et social, la révision du contrat se substitue progressivement à la rupture. Le droit du travail semble être particulièrement engagé dans cette voie. Ainsi, l'article 31 *c* du livre premier du Code du travail dispose que la convention collective doit prévoir dans quelles formes et à quelle époque elle pourra être révisée. De par la pratique, et grâce à la jurisprudence, on voit se dégager, peu à peu, une institution de la révision du contrat de travail.

Certes, cette dernière subit toujours l'emprise du droit de résiliation. Mais il n'en est pas moins vrai que, par une évolution encore inachevée, le contrôle judiciaire de la révision tend à assurer la stabilité de l'emploi (48).

(44) CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, T. II, p. 503.

(45) *Supra*, 1re partie, titre Ier, chapitre III, nos 141 et s.

(46) P. DURANT, Préface de l'ouvrage collectif intitulé « Tendance à la stabilité du rapport contractuel », *op. cit.*

(47) Cf. les différentes études contenues dans l'ouvrage ci-dessus cité.

(48) G. H. CAMERLYNCK, *La révision du contrat de travail*, Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de La Morandière, Paris, 1964, pp. 99 et s.

Sous-section II

LA REVISION, SANCTION UNIQUE DU CONTRAT INADAPTE DU FAIT DES MODIFICATIONS ECONOMIQUES POSTERIEURES A SA CONCLUSION

425. — Une fois réunies les conditions d'application de l'imprévision, « le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réajuster, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue successive (49) ». La sanction de l'imprévision est donc, en droit égyptien, la révision du contrat dont l'économie est bouleversée. La révision, nous l'avons vu, est la meilleure solution parce que, tout en conciliant les intérêts des deux contractants, elle laisse le contrat produire ses effets.

Cependant, le problème n'est pas pour autant entièrement résolu. Le texte laisse plusieurs difficultés dans l'ombre. Tout d'abord, la révision s'impose-t-elle au juge et aux contractants ? (§ 1). Ensuite, comment se fait la révision ? (§ 2).

§ 1. — La révision devant le pouvoir du juge et la liberté des contractants.

426. — Bien que le texte prévoie (dans une disposition impérative) la révision du contrat comme sanction de l'imprévision, certains ne manquent pas de laisser au juge le pouvoir de le résilier, ou même de le maintenir sans révision (A). D'autres, et leur nombre est plus grand, enseignent que la révision ne s'impose pas aux contractants (B).

A. — Le juge peut-il resilier le contrat ou le maintenir sans revision ?

427. — *a*) La disposition de l'article 147/2 ne contient aucune référence à la possibilité de résilier le contrat. Cependant, certains auteurs accordent ce pouvoir au juge. « Il arrive pratiquement souvent, dit-on, que le débiteur, individu ou société, n'ait les ressources suffisantes pour continuer l'exécution de son obligation que pendant une durée limitée. Mais la période troublée se prolonge. N'est-il pas juste et équitable, selon l'esprit de la théorie de l'imprévision, de résilier le contrat (50) ?... »

Pour cette doctrine, la résiliation doit être accompagnée des dommages-intérêts que le juge peut accorder au créancier « compte

(49) Article 147-2 du Code civil égyptien.
(50) Abd El Gawad, Thèse précitée, n° 416.

tenu de la situation personnelle des deux parties, de la durée du contrat et, en général, de tous les facteurs d'appréciation, tel qu'il le fait pour la révision (51) ».

428. — A considérer l'exemple donné, il nous semble que cette opinion repose sur une confusion entre le domaine de l'imprévision et celui de la responsabilité, entre la détermination de l'étendue de l'obligation en tant que valeur économique et son étendue en tant qu' « activité » du débiteur, entre le problème de la révision du contrat et celui tout différent de son exécution ou inexécution. La confusion vient, à notre avis, de la juxtaposition dans la même espèce de deux choses : d'une part, du point de vue objectif, l'obligation du débiteur est devenue onéreuse, et, d'autre part, il y a pour lui une impossibilité personnelle d'exécuter son obligation.

Or, l'onérosité aboutit à la révision du contrat dans le cadre de « l'imprévision », tandis que l'impossibilité personnelle n'a aucun effet sur la responsabilité du débiteur selon les règles qui gouvernent l'exécution ou l'inexécution du contrat. Ce qui prouve que, dans l'opinion combattue, le problème de la révision et celui de la responsabilité sont confondus, c'est qu'il est accordé au créancier des dommages-intérêts. Ceux-ci supposent, pour leur octroi, un problème de responsabilité. Certes, on peut objecter que, dans l'estimation de ces dommages-intérêts, sont pris tous les facteurs dont on tient compte pour la révision. Mais cela revient à l'ancienne confusion entre « l'imprévision » et la force majeure (52) (53).

La finalité de la théorie (54), a-t-on encore observé, d'après les travaux préparatoires du Code civil et les arrêts de la jurisprudence, exige « un sacrifice des deux parties contractantes et non pas l'exonération de l'une d'elle de son obligation ; mais chacun des deux contractants doit supporter une partie du dommage... ». Si l'on donne au juge le choix entre la révision et la résiliation du contrat, on va à l'encontre de cette finalité, car le débiteur se trouve exempt de sa part dans les charges (55).

(51) *Ibid.*

(52) Voir *supra*, n^{os} 246 et s., 398 et s.

(53) On a cru pouvoir atténuer les principes traditionnels de la force majeure pour modérer les dommages-intérêts dus au créancier en considération des difficultés d'exécution amenées par la guerre. Ce principe a été suivi par le Tribunal de commerce de Marseille, le 5-11-1915 (Gaz. Pal., 18 mai 1917). Cette tendance est très critiquable vis-à-vis de la logique juridique (Demogue, S. 1916.2.4 ; D., 1917. 2.6). Le Tribunal n'indique pas le fondement de sa jurisprudence. Aurait-il recours à l'article 1950, en sous-entendant le raisonnement suivant : le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir, en traitant, la hausse énorme des prix ; ils n'ont prévu qu'un écart modéré. Mais il est très généralement admis en jurisprudence que la prévision de la cause du dommage suffit, autrement dit, que l'imprévision de sa quotité est inopérante (J. Radouant, *op. cit.*, p. 235).

(54) Hachich, Thèse précitée, p. 329.

(55) A. Hegazi, *op. cit.*, n° 371.

En fait, dans l'état actuel des textes, on ne doit admettre cette faculté de résiliation que dans les cas où elle est expressément prévue par la loi (56).

Ainsi, la jurisprudence égyptienne a affirmée d'une façon catégorique que l'imprévision ne donne jamais au juge la faculté de résilier les contrats : « Attendu que si la théorie de l'imprévision permet au juge de suspendre l'exécution de l'obligation onéreuse ou de la réduire... elle ne lui permet pas de résilier le contrat en ce sens que l'obligation onéreuse reste comme elle est... Le but de la théorie est de partager les aléas entre les deux parties et non pas de dispenser l'une des pertes et de les faire supporter par l'autre par la résiliation du contrat... et, par conséquent, l'action tentée par le défenseur, réclamant la restitution de la somme qu'il a payée en se basant sur le fait que le contrat est considéré comme résilié par ladite théorie, est irrecevable (57). »

429. — *b*) On a remarqué que l'article 147/2 dispose qu'en cas d'imprévision le juge peut réajuster l'obligation excessive. Il ne s'agit donc pas, pour le juge, d'une mission impérative. Ce n'est pour lui qu'une faculté. Il est investi d'un pouvoir discrétionnaire en matière d'imprévision et il peut refuser toute modification, même si toutes les conditions sont remplies (58).

430. — En fait, « cette thèse repose sur une interprétation superficielle du texte qui ne correspond pas au fait que l'imprévision constitue une institution d'ordre public en droit égyptien... (59) ». D'ailleurs, le tribunal de première instance du Caire a déduit que le texte comporte une obligation impérative pour le juge et non pas seulement une simple faculté. Pour lui, « ... l'application de la loi (de la réforme agraire)... a pour conséquence la baisse énorme des prix de telle manière que les obligations des contractants sont devenues disproportionnées. Ceci a nécessité l'intervention du juge pour remédier à la situation et pour réajuster l'obligation onéreuse à un taux normal... (60) ».

Bien plus, peut-on vraiment parler d'une règle légale facultative dans le sens où son application ne s'impose pas au juge ? En effet, le pouvoir d'appréciation du juge se limite à constater la réunion

(56) Par exemple, l'article 638-4 du Code civil égyptien. V. ALSANHOURI, *Alwassit, op. cit.*, « Les sources de l'obligation », n° 421, p. 648. Il faut d'autre part noter que l'article 203-2 du Code civil égyptien dispose que « ... lorsque l'exécution en nature est trop onéreuse pour le débiteur, celui-ci pourra se borner à payer une somme d'argent à titre d'indemnité, pourvu que ce mode d'exécution ne porte pas un grave préjudice au créancier ».

(57) Trib. de première instance du Caire, 3-10-1953, Almohamah, an XXXIV, février 1954, n° 6, pp. 828 et s. Contre, v. Trib. de Première instance du Caire, 21-7-1954, Almohamah, an XXXV, n° 2, octobre 1954.

(58) FARAG (Wadih), *Cours*, p. 213, cité par A. Hachich, Thèse précitée, p. 325.

(59) A. HACHICH, Thèse précitée, p. 325.

(60) Trib. de Première instance du Caire, 21-7-1954, Almohamah, an XXXV, n° 2, octobre 1954.

des conditions d'application d'une règle. Mais dès qu'il admet la réunion de ces conditions, il ne peut en refuser l'application. Toute règle légale est impérative pour le juge, même lorsqu'elle ne l'est pas pour les individus (61).

B. — La revision et la liberte des contractants.

431. — Quant à la deuxième question, et à propos de l'exemple d'un marchand qui a contracté pour la fourniture de mille « ardabs » d'orge contre un prix de 60 piastres « l'ardab » et dont le prix vient à augmenter de 400 piastres, M. Alsanhouri (62) dit que le juge peut augmenter le prix stipulé mais qu'il n'impose pas ce nouveau prix au créancier : « il lui laisse le choix entre le paiement du nouveau prix ou la résiliation du contrat ». L'auteur remarque, d'autre part, que le choix de la résiliation par le créancier est préférable pour le débiteur parce qu'il serait dégagé de toute perte résultant de l'événenement imprévu.

M. A. Hachich (63) paraît contester la solution en motivant que le juge n'a pas le pouvoir de résilier le contrat pour imprévision.

432. — Quant à nous, nous nous accordons avec ce dernier auteur sur ce point que le juge ne saurait être autorisé à résilier le contrat, mais nous acceptons la solution qui consiste en la dissolution du contrat, dans l'hypothèse envisagée. En cela, nous sommes de l'avis de M. Alsanhouri. Cependant, nous nous écartons de lui à propos de la qualification de la dissolution du contrat en ce cas. Par hypothèse, la dissolution du contrat est avantageuse au débiteur. Si donc le créancier, au lieu de choisir l'exécution du contrat révisé, opte pour sa dissolution, on sera en face d'une résiliation conventionnelle et non pas d'une résiliation judiciaire. La dissolution se fait par un accord des volontés des parties sans aucune intervention du juge, ce qui est incontestablement en leur pouvoir.

§ 2. — Comment se fait la révision ?

433. — « Le juge peut... *réajuster*, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue onéreuse. » De quelle manière se fait ce réajustement ? (A) et quelle est cette mesure raisonnable ? (B).

(61) Cette constatation nous paraît valable, même pour l'article 1244 du C.C.F. et l'article 346 du C.C.E., concernent le délai de grâce.

On trouve, à propos des actes administratifs, domaine d'élection du pouvoir discrétionnaire, que « tout acte... est soumis, au minimum, à deux conditions imposées par le droit, l'une relative à l'autorité compétente pour le prendre, l'autre relative au but qu'il doit poursuivre... ; sur ces deux points au moins, l'administration est toujours liée » (J. Rivero, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 1960, n° 72).

(62) *Alwassit, Les sources de l'obligation, op. cit.*, n° 421, p. 647.

A. — Les modes de la revision : l'augmentation et la reduction des obligations.

434. — Selon la doctrine égyptienne, la révision peut être opérée de deux façons entre lesquelles le juge est libre de choisir :

1° Par l'augmentation de l'obligation correspondant à l'obligation devenue onéreuse. Un exemple est donné par les travaux préparatoires du Code civil (64). Un marchand a contracté pour la fourniture de 1.000 « ardabs » d'orge contre un prix de 60 piastres « l'ardab ». Si ce prix vient à augmenter de 400 piastres, le juge peut augmenter le prix stipulé.

2° Par la réduction de l'obligation onéreuse. Un exemple est fourni par M. Alsanhouri (65) : Un commerçant est tenu de fournir une certaine quantité de sucre ; puis, à la suite d'une guerre, la production sucrière diminue considérablement, ce qui entraîne une augmentation du prix de cette denrée. L'exécution du marché est devenue trop onéreuse pour le fournisseur, compte tenu de la quantité qu'il est obligé de fournir. Le juge peut, dans ce cas, diminuer la quantité exigée du fournisseur, dans les limites qu'il estime raisonnables.

435. — Le dernier exemple ne nous paraît pas probant. La fonction de la théorie de l'imprévision est de réajuster l'économie du contrat, de rééquilibrer les obligations. Or, la diminution de la quantité de marchandise exigée du fournisseur ne constitue pas, à proprement parler, un rééquilibrage du contrat par la réduction de l'une de ses obligations réciproques. Elle constitue purement et simplement, pour le fournisseur, l'exonération d'une partie de ses obligations à l'encontre du droit commun qui gouverne cette exonération. Ce droit exige, pour l'exonération du débiteur, une force majeure dans le sens précis du mot.

Il nous semble donc que la solution, dans l'exemple donné, ne peut être que l'augmentation des obligations de l'autre partie.

Cependant, cela ne signifie pas que la solution est toujours l'augmentation et non pas la réduction. On peut donner un exemple où la réduction s'impose. Un commerçant est tenu de fournir une certaine quantité d'une marchandise quelconque dont le prix, au lieu d'augmenter, se réduit considérablement. Dans ce cas, le juge ne peut, pour rééquilibrer le contrat, que réduire le prix dû par l'acheteur au fournisseur.

Lorsque les prix du marché s'élèvent, le juge ne peut qu'augmenter les obligations du débiteur du prix ; lorsque ces prix diminuent, il ne peut que réduire les obligations de celui-ci.

(64) T. 2, p. 285.
(65) *Alwassit, op. cit.*, p. 647.

B. — Le montant de l'augmentation ou de la reduction de l'obligation.

436. — Comment le juge peut-il donc déterminer le montant de l'augmentation ou de la réduction ?

Il est unanimement admis que le débiteur de l'obligation, objet du réajustement, profite seul de la hausse normale des prix du marché et subit leur baisse normale sans que le juge puisse augmenter ou diminuer son obligation (66). Ce n'est qu'à partir du dépassement de la hausse ou de la baisse normale que l'article 147/2 du Code civil égyptien peut être mis en œuvre et dans la limite de ce dépassement. C'est ce qu'on appelle la charge « extra-contractuelle ». On explique ce principe par le fait que « la différence entre la valeur prévisible et la valeur déterminée par le contrat est l'aléa normal ou le risque accepté qui doit être à la charge du débiteur (67) ».

La divergence ne commence que lorsqu'on envisage la répartition de la charge « extra-contractuelle » entre les deux parties. Si toute la doctrine est d'accord sur la nécessité de partager cette charge entre les deux contractants, elle est divisée quant à la proportion de la répartition.

Pour M. Alsanhouri (68), la charge « extra-contractuelle » doit être partagée, mathématiquement, par moitié entre les deux parties.

Pour d'autres, « le partage doit être fait selon un critère souple, d'après l'article 147/2, et alors on ne peut pas admettre qu'il soit fait par parts égales (69) » ; cela sera incompatible non seulement avec la base de « l'imprévision », mais aussi avec la lettre et l'esprit de l'article 147/2. L'imprévision est une théorie exigée par l'équité et il est impossible de soumettre l'équité aux mathématiques.

437. — Il nous semble, cependant, que le problème de la répartition de la charge « extra-contractuelle » est mal posé dans les deux versions de la doctrine et que sa position défectueuse est en étroite liaison avec la position même de la « théorie de l'imprévision » et de son domaine d'action. On met l'accent sur « l'événement survenu ». Or, puisque l'événement est inimputable par hypothèse à l'un ou l'autre des contractants, on se trouve amené à partager la charge qui en résulte entre les deux parties, quelle que soit la proportion de ce partage qu'on adopte.

Cependant, nous avons vu que les « événements survenus » en eux-mêmes n'ont aucun rapport avec la théorie de l'imprévision. Leur rapport est avec la force majeure. Ce qui est en rapport avec

(66) Alsanhouri, *Alwassit, op. cit.*, p. 647 ; Hegazi, *op. cit.*, n° 371, p. 589 ; S. Morcos, *Les principes des obligations, op. cit.*, p. 364 ; A. Hachich, Thèse précitée, p. 358 ; Abd El Gawad, *Thèse précitée*, n° 409.

(67) Abd El Gawad, Thèse précitée, n° 409.

(68) *Alwassit, op. cit.*, p. 647.

(69) A. Hachich, Thèse précitée, p. 358 ; même sens, Abd El Gawad, Thèse précitée, n° 410.

« l'imprévision », ce sont les « effets » de ces événements, c'est-à-dire la hausse ou la baisse des prix du marché. Les fluctuations des prix entraînent l'augmentation ou la diminution de la valeur de la prestation du débiteur et font subir à l'un ou l'autre des contractants une lésion. La révision vient rétablir la valeur de l'obligation bouleversée et éliminer la lésion. La logique juridique abstraite aboutit donc à augmenter ou diminuer l'obligation du débiteur, objet du réajustement, dans la limite de la hausse ou de la baisse anormale causée par « l'événement survenu ». *Toute la charge « extra-contractuelle » doit donc être ajoutée à l'obligation, objet de réajustement, en cas d'augmentation, ou en être déduite en cas de réduction.* C'est la signification exacte de la formule du législateur égyptien : « Le juge peut... réajuster, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. »

On ne peut plus objecter le principe de la répartition des effets de l'événement survenu, puisqu'il ne s'agit pas de l'imputation de cet événement mais du rétablissement de l'équilibre contractuel, de la suppression de la lésion.

Dans un contrat libéral, la lésion commence dès que la valeur de l'obligation dépasse la proportion normale et englobe tout ce qui dépasse cette valeur. Tout ce qui est au-dessous de cette augmentation ou diminution normale est au profit ou à la charge du débiteur de l'obligation, objet de réajustement. Tout ce qui la dépasse est au profit ou à la charge du créancier.

En effet, le principe de la répartition de la charge « extra-contractuelle » n'a pour soutien que la force de la tradition qui remonte à la pratique du Conseil d'Etat français.

Telle est la logique d'un système qui se propose de supprimer la lésion subséquente à la conclusion du contrat : il faut envisager chaque espèce individuellement ; le critère de la révision est l'excessive onérosité qui s'applique « contrat par contrat (70 ».

438. — Cependant, on doit observer, avec M. Carbonnier, que les révisions individuelles « se concilient mal avec un régime d'économie dirigée, où les modifications de prix ne doivent pas s'opérer au hasard de révisions individuelles (71) ». On l'a déjà constaté dans les changements apportés à la théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs par la jurisprudence administrative française : « ... L'économie dirigée a modifié l'aspect, si l'on peut dire, "humain" de la théorie de l'imprévision : la collectivité concédante doit participer aux pertes de l'exploitant, non pas parce qu'elle aurait pu empêcher ces pertes (...), mais parce qu'il paraît socialement préférable qu'il en soit ainsi et parce qu'on était habitué à une pareille solution dont on n'aperçoit plus la justification (72) ». Mais on voit

(70) Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, T. 2, n° 152, p. 503.
(71) *Ibid.*
(72) Jean de Soto, *Imprévision et économie dirigée*, J.C.P., 1950.1.817.

moins alors pourquoi faire supporter une partie du déficit à l'exploitant, pourquoi même le condamner à ne faire aucun bénéfice ; la seule justification vient des habitudes antérieures (73).

Dans une économie dirigée, la révision doit être appliquée « subjectivement », par rapport à la force économique globale du contractant demandeur (74). Mais si une telle discrimination est de la compétence du juge administratif, elle n'entre pas dans le rôle du juge civil sans texte législatif. C'est une question de choix d'une politique économique et sociale dont il appartient au législateur de décrire au moins les directives générales.

Sous-section III

LA REVISION, SANCTION DU CONTRAT DESEQUILIBRE A CAUSE DE LA SUPPRESSION D'UNE CLAUSE ILLICITE

439. — On a vu comment les considérations de l'équité ont écarté certains tribunaux de la sanction normale du contrôle sur les clauses par lesquelles les parties font varier le contenu du contrat en fonction des circonstances économiques (75). Il nous faut maintenant voir combien ce souci de la justice est justifiable et comment il convient d'y répondre.

Sans aucun doute, le maintien du contrat amputé de la clause illicite serait peu équitable dans les contrats à exécution successive. La suppression de la clause entraîne un bouleversement de l'économie du contrat tel que l'avaient voulu les parties. Bien sûr, la clause supprimée est illicite et le débiteur n'est pas obligé de l'exécuter ; mais il n'en reste pas moins valable que la détermination de l'économie du contrat dans ces cas est, en principe, laissée libre aux contractants et que leur souci de se garantir contre les fluctuations économiques est légitime, à condition qu'elles choisissent une clause licite. Faut-il résilier le contrat déséquilibré à cause de la suppression de la clause qui faisait varier son contenu en réponse aux modifications économiques ? (§ 1). Peut-on le réviser ? (§ 2).

§ 1. — Faut-il résilier le contrat ?

440. — Très tôt, certains auteurs (76) ont contesté l'extension du domaine de la nullité pour remédier à ces injustices et ont préconisé le recours à la résiliation. D'après ces auteurs, on ne pourrait

(73) *Ibid.*
(74) Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, T. 2, n° 152, p. 503.
(75) *Supra*, n° 383.
(76) H. Lalou, note D. 1924.2.17, précitée.

parler ici que de résiliation et non pas de nullité. Même les auteurs qui défendent la nullité du contrat n'ont pas nié l'utilité de cette solution comme palliatif à la position de la jurisprudence. Ainsi, H. Capitant (77) remarquait que « la législation du contrat constitue un palliatif à l'application des lois sur le cours forcé du billet de banque. C'est précisément ce qui fait hésiter les juges au moment de le prononcer. Mais c'est bien à tort, car il y a là un palliatif nécessaire et non pas un moyen de paralyser les lois monétaires, ni de revenir sur la nullité des clauses de paiement qu'elles condamnent ». La résiliation délie les parties et leur permet d'échapper aux conséquences de la suppression de la clause. Il leur sera alors possible de souscrire un nouvel engagement conforme à la législation en vigueur. Par ailleurs, la simple menace de la demande de résiliation pourra inciter le débiteur à consentir la révision de la clause (78).

441. — Bien sûr, la résiliation répond mieux que la nullité aux exigences de règle violée. Elle ne concerne que l'avenir, contrairement à la nullité qui a un effet rétroactif. Pour le passé, le contrat reste valable après la suppression de la clause : le montant de l'obligation serait celui que détermine le contrat, sans tenir compte du jeu de la clause.

Cependant, la solution est douteuse. La résiliation suppose l'inexécution de son obligation par le débiteur. Or, le débiteur qui n'accepte pas de tenir compte d'une clause illicite refuse-t-il d'exécuter une obligation ? Très juridiquement, la clause illicite ne constitue pas une obligation à la charge du débiteur. On n'est donc pas encore dans le domaine du jeu de la résiliation.

§ 2. — Peut-on réviser le contrat ?

442. — En effet, il y a une question préalable, dont la solution doit changer considérablement la position du problème. Il faut d'abord déterminer le montant de l'obligation du débiteur : s'agit-il du montant déterminé par le contrat sans le jeu de la clause illicite ou d'un montant supérieur ?

443. — Le problème est assez facile à résoudre en droit égyptien. Le Code civil égyptien, nous le savons, consacre la théorie de l'imprévision dans son article 147/2. On peut donc déterminer le montant de l'obligation par l'application de ce texte. Peut-on objecter que la suppression de la clause illicite ne constitue pas un événement imprévisible, général et exceptionnel ? Nous avons vu ce que nous entendons par de telles conditions, qui sont non seulement inutiles, mais encore difficiles à vérifier dans tous les cas où la théorie est appelée à jouer (79).

(77) D.H., 1927, chr. 1, précité.
(78) Doucet, Thèse précitée, n° 317.
(79) *Supra*, n°s 397 et s.

Le problème change donc d'aspect en droit égyptien. Il ne s'agit pas de la résiliation, mais de la révision du contrat par le juge.

444. — Quant au droit français, nous avons rejeté toute tentative d'y admettre la théorie de l'imprévision : tous les fondements qu'on a proposés sont contredits par la base même du contrat dans ce droit qui est la libre détermination du contenu contractuel. Le juge ne saurait intervenir dans l'économie du contrat que pour établir un équilibre réellement voulu par les parties (80).

Cependant, l'hypothèse est différente de celle où on a voulu introduire la théorie de l'imprévision. Ici, l'équilibre rompu est *expressément voulu* par les contractants. Le juge serait donc justifié à s'immiscer dans l'économie du contrat afin de rétablir l'équilibre.

« La solution raisonnable consiste, dès lors que la loi déclare valables en général les clauses d'indexation, à substituer un autre indice à celui qui avait été inséré dans la convention », dit justement M. P. Esmein (81). Or, les tribunaux accepteront-ils cette solution ? En faveur du pouvoir qu'auraient les juges de choisir un nouvel indice, si les parties, sur leur initiative, ne le font pas elles-mêmes, on peut invoquer un arrêt remarquable de la Chambre des requêtes du 6 février 1945. Lors de la conversion en une rente viagère, en 1923, de l'usufruit d'un conjoint survivant, il avait été convenu que chaque partie pourrait demander une modification de son montant, quand le coût de la vie varierait de 1/5 : d'autre part, que le taux d'intérêt des bons du Trésor servirait de base pour déterminer l'augmentation ou la diminution du coût de la vie. Or, en 1942, pendant l'occupation, le taux d'intérêt des bons du Trésor avait diminué, pendant que le coût de la vie avait augmenté de plus de 1/5. La Cour a approuvé l'arrêt qui, faisant abstraction de la référence au taux d'intérêt des bons du Trésor, a apprécié le montant de l'élévation du coût de la vie pour élever la rente de 200 francs par franc d'augmentation, suivant la formule du contrat.

(80) *Supra*, n°s 237 et s.

(81) L'interdiction de certaines clauses d'indexation des dettes de sommes d'argent, Gaz. Pal., 1959.1.18. Contre : Doucet, Thèse précitée, n° 320 : « Le juge devrait en effet remplacer un indice monétaire par un indice interne ; ce faisant, il dénaturerait l'intention des parties, il leur imposerait une association qu'elles n'avaient pas voulue. » Mais, on a déjà vu que toutes les clauses sont de la même nature économique. D'ailleurs, l'idée d'association est, semble-t-il, étrangère au contrôle des clauses de garanties (v. *supra*, n°s 217, 222 et s.).

TITRE II

L'ADAPTATION EN ELLE-MEME

445. — Si la prise de conscience du phénomène de la dissociation entre les sanctions traditionnelles et l'adaptation revêt, pour l'étude juridique de cette dernière, une extrême importance, cette étude ne saurait toutefois se ramener à la seule observation de ce phénomène. Dans la mesure, en effet, où se dissipe, d'une part la confusion classique entre les règles juridiques concernant l'existence du contrat et celles concernant son contenu, et d'autre part la confusion entre les sanctions classiques et l'adaptation, il devient possible et nécessaire d'étudier l'adaptation en elle-même et non pas seulement par rapport à la nullité et à la résiliation.

Une telle étude est rendue délicate par la diversité des hypothèses envisagées : à côté du contrat inadapté dès sa formation, il y a le contrat inadapté du fait des changements économiques lors de sa vie et à côté de l'adaptation par la simple suppression d'une clause illicite, il y a l'adaptation par la modification du contenu contractuel. Toutefois, il semble que, par-delà l'extrême diversité des hypothèses, il soit possible de saisir l'adaptation en elle-même et d'en dégager les traits caractéristiques.

Puisque la sanction du contrat inadapté aux circonstances économiques ne se laisse pas ramener aux sanctions traditionnelles plus anciennes, et par là-même mieux connues, il nous faudra tout d'abord aborder le problème de la nature juridique de la sanction nouvelle, sa notion même et son originalité. Cette étude nous mettra en face d'une « catégorie » nouvelle qui s'introduit dans le système de la sanction du droit contractuel à côté de la nullité et de la résiliation.

Ce n'est qu'une fois que cette étape sera franchie qu'il nous sera permis d'envisager l'organisation pratique de cette sanction.

CHAPITRE PREMIER : *La nature juridique de l'adaptation.*

CHAPITRE II : *L'organiastion pratique de l'adaptation.*

CHAPITRE PREMIER

La nature juridique de l'adaptation.

466. — On a vu l'argument d'efficacité qu'on invoque en faveur de la nullité et de la résiliation : c'est rendre la sanction plus vigoureuse que de supprimer tout le contrat contraire à la règle juridique ; c'est créer un état d'insécurité pour les contractants qui veulent violer la loi et par là décourager l'infraction à cette loi. Or, si cela semble vrai au point de vue théorique, il n'en est pas ainsi au point de vue pratique. Dans les cas où le droit d'agir est donné à la personne protégée, à l'exclusion des autres, celle-ci s'abstiendra d'user de son droit tant qu'elle n'a pas un intérêt ; mais son intérêt est à ce que le contrat soit modifié et non annulé. Dans les cas où tout intéressé a un droit à l'action, il y a certes une plus grande chance à ce que l'illicite soit dénoncé ; mais, en fait, ce droit est limité aux deux parties du contrat.

En fait, l'anéantissement du contrat qui ne respecte pas les règles juridiques réglementant le contenu contractuel est une condamnation de ces règles à l'inefficacité, voire à l'inutilité, soit du point de vue des intérêts particuliers protégés, soit quant aux intérêts généraux. Le plus souvent, le protégé renoncera à la protection légale afin de garder le bénéfice du contrat. Lorsque celui-ci, ou celui contre qui la règle est dirigée, réclamera la nullité ou la résiliation, le protégé perdra le bénéfice du contrat ; la spéculation que le législateur voulait éviter pourra être renouvelée.

De même, quelle que soit l'efficacité de la nullité ou de la résiliation, celles-ci ne sauraient s'appliquer aux contrats en cours sans donner aux lois qui les édictent un effet rétroactif. Ceux-ci échappent donc, en principe, aux lois qui ne sont entrées en vigueur qu'après qu'ils ont été conclus. Cependant, on sait que « les abus contractuels qui suscitent des mesures de protection sont des abus présents et il faut souhaiter que la protection soit immédiate » et que « la direction

économique... postule l'universalité, car elle serait faussée si on laissait subsister des flots de libéralisme dans les contrats en cours (1) ».

447. — Aavec l'adaptation, le problème de l'inefficacité de la règle juridique ne se pose plus. On n'anéantit pas le bail lorsque le loyer est illicite, le contrat de travail lorsque le salaire est inférieur au minimum légal, le contrat de prêt lorsque la clause d'indexation est illicite. On accroît ou on réduit le droit ou l'obligation de façon à le rendre conforme à la règle légale; ou supprime la clause illicite (2). Le législateur compte, en définitive, sur la partie qui aura intérêt à ce que le contrat soit modifié, et celle-ci ne manquera pas d'assumer cette tâche.

Le protégé dont l'intérêt personnel coïncide avec le but de la loi conservera le bénéfice du contrat et trouvera toujours un intérêt à dénoncer ce qui est illicite. Au contraire, l'autre partie n'aura plus intérêt à agir ; elle s'abstiendra. Mais comme son intervention avait toute chance d'être motivée par un intérêt spéculatif, on perdra le risque d'une dénonciation inopportune (3).

En effet, ce qui assure à la règle légale une mise en œuvre efficace est le fait que l'adaptation constitue une exécution directe de celle-ci : la règle légale confère directement des droits ou pose des obligations au bénéfice de l'un des contractants (SECTION I).

Or, une fois que nous admettons que l'adaptation est une exécution directe de règle légale violée, il devient tout naturel d'admettre que l'adaptation constitue, en même temps, une exécution immédiate de cette règle. Ainsi, les contrats déjà en cours ne sauraient échapper à l'application des lois nouvelles à propos du contenu contractuel (SECTION II).

SECTION I : *L'adaptation, exécution directe de la règle légale violée.*

SECTION II : *L'adaptation, exécution immédiate de la règle légale violée.*

SECTION I

L'ADAPTATION, EXECUTION DIRECTE DE LA REGLE VIOLEE

448. — Si nous avons parfois insisté sur la relation entre l'adaptation et la nature de la règle légale concernant le contenu du contrat, nous n'avons le plus souvent invoqué que le décalage entre les sanctions classiques et les buts qu'on se propose d'atteindre par cette

(1) CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, T. II, n° 116, pp. 390 et s.
(2) FARJAT, *op. cit.*, n° 455.
(3) *Idem*, n° 457.

règle, sans autrement approfondir la question. Le moment est maintenant venu de montrer que nous retrouvons bien cette relation dans la qualification de l'adaptation.

Ce rapport entre la nature de la règle concernant le contenu du contrat et l'adaptation suffit-il à lui seul à imposer à l'interprète et au juge la recherche de la sanction de ces règles dans leur nature même, sans besoin d'un texte législatif ? Peuvent-ils s'affranchir explicitement et directement des principes du droit commun de la sanction, alors même que le législateur ne prévoit aucune directive en dehors des principes généraux ?

Or, même si la réponse est affirmative, ce serait ne donner à la relation entre l'adaptation et la nature de la règle légale qu'une analyse bien incomplète. Nos droits contractuels sont basés sur l'autonomie de la volonté. Il serait donc inévitable de se demander si l'admission de l'adaptation est subordonnée à l'intention des parties ; s'il ne faut pas, avant d'appliquer cette sanction, analyser la volonté expresse ou tacite des parties contractantes.

Sous-section I : *L'adaptation et l'absence d'un texte.*

Sous-section II : *L'adaptation et l'analyse de la volonté des parties.*

Sous-section I

L'ADAPTATION ET L'ABSENCE D'UN TEXTE

449. — Est-il inévitable de prononcer la nullité ou la résiliation en l'absence de texte édictant expressément la modification du contrat ? Des tentatives partielles ont été faites pour soustraire tel ou tel cas au régime général de la nullité en s'inspirant des circonstances de la cause, et tout en restant fidèles à la logique de ce système. C'est la législation des prix qui a été l'occasion de telles tentatives (§ 1). Or, cette soustraction ne peut être cherchée que dans la délimitation du domaine des sanctions traditionnelles, en tant que régime de droit commun, par la nature de la règle légale violée (§ 2).

§ 1. — Quelques tentatives doctrinales pour soustraire la législation des prix à la nullité.

450. — M. Savatier recourt à l'argument d'analogie en comparant la législation des prix avec les cas où la modification a été sanctionnée par les textes. Pour lui, « lorsque la stipulation nulle consiste à ajouter un supplément de prix à une prestation réglementée par la loi..., la nullité ne devait porter que sur la clause majorant illicitement

le prix (4) ». Tout en relevant les hésitations de la jurisprudence en ce qui concerne notre problème, il l'assimile aux dissimulations fiscales et aux cessions d'offices ministériels que la jurisprudence elle-même invoquait pour admettre la répétition de l'indû en matière de prix illicites (5).

451. — En effet, il n'en reste pas moins évident que le juge ou l'interprète a peine à s'affranchir de la nullité, régime de droit commun. Sans doute on voit bien l'identité des solutions : la fixation du droit de présentation dans les cessions d'offices, comme le prix « officiel » fiscal dans les ventes d'immeubles et de fonds de commerce, est comparable à la taxation d'un prix quelconque. En l'absence de texte, la jurisprudence a admis la répétition de ce qui a été payé en sus des prix ostensibles dans les cessions d'offices ministériels, sans prononcer la nullité de la cession (6).

Toutefois, l'argument d'analogie est extrêmement discutable en l'occurrence. Pour qu'elle soit efficace, il faut faire l'assimilation du cas jugé au principe et non pas à l'exception. Tirer l'identité des solutions de l'assimilation du cas analysé à l'exception, c'est prendre cette exception pour la règle. Avant de faire passer le régime des dissimulations fiscales et des cessions d'offices ministériels aux cas de réglementation des prix, il faut d'abord prouver que les premières répondent à un principe général et non pas à des cas exceptionnels.

Quant à la répétition de l'indû en matière d'offices ministériels, il y avait d'impérieuses raisons pour admettre la répétition de la seule soulte illicite : il est inconcevable de prononcer la nullité, puisque l'officier ministériel est nommé par les pouvoirs publics. Par ailleurs, en ce qui concerne les fraudes fiscales, la jurisprudence les déclarait, avant la loi de 1912, sans influence sur les rapports civils (7), et elles le demeurent en ce qui concerne les tractations non prévues par cette loi (8) (9).

452. — M. Carbonnier a proposé une solution respectueuse des exigences de l'économie du contrat, en s'inspirant des textes en vigueur. Il observe qu'on aurait été fondé à opposer au vendeur « une règle de style dans toutes les réglementations de prix » (Ordonnance du 30-6-1945, art. 37-1), celle suivant laquelle le détenteur d'un produit ne peut refuser de le vendre, et « qu'en l'espèce la détention de produits destinés à la vente se trouve démontrée ». Il déduit de cette observation que « plutôt que de prononcer la nullité à la requête du

(4) Note sous Trib. Par. Lannion, 16-12-1949, D., 1950.J.115.
(5) *Supra*, n°s 391 et s.
(6) FARJAT, *op. cit.*, p. 502.
(7) Req., 10-4-1900, D.P., 1902.1.2.
(8) Cour d'appel de Toulouse, 12-12-1946, J.C.P., 1947.II.3573, note G. Toujas.
(9) Sur ce point et l'hostilité de la doctrine et de la jurisprudence à l'égard de la loi de 1912, FARJAT, *op. cit.*, n°s 502 et 503.

vendeur pour ensuite obliger celui-ci, sur la demande de l'acquéreur, à vendre de nouveau, mais au prix licite », on aurait pu décider « par une sorte de contraction que la vente serait maintenue après réduction du prix (10) ».

453. — En effet, si l'hypothèse est extrêmement favorable à de telles constructions logiques où il y a une règle légale selon laquelle le détenteur d'un produit ne peut refuser de le vendre, il n'en reste pas moins vrai qu'il serait impossible d'écarter le principe général de la nullité toutes les fois que de telles obligations légales manquent.

454. — Toute tentative de forcer les textes en vue de répondre aux exigences de l'économie du contrat, si elle peut justifier quelques solutions d'une manière détournée, ne nous mène pas au cœur du problème. Le vrai problème est de savoir si la nullité est réellement le régime du droit commun en tout ce qui touche au contrat ou si la sanction en la matière est subordonnée à la nature de la règle sanctionnée, en droit positif. Dans la première hypothèse toute tentative de lui substituer un autre système sans règle juridique législative (ou jurisprudentielle) serait condamnée à l'échec. Dans la deuxième la nullité passerait complètement à côté de la question de l'économie du contrat et l'adaptation, dans ce domaine, découlerait de la nature même de la règle légale.

§ 2. — L'adaptation, conséquence directe de l'objet de la règle légale, en droit positif.

455. — Rappelons qu'il est nécessaire de distinguer deux sortes de règles contractuelles ; celles qui déterminent les éléments d'existence du contrat et celles qui s'occupent de l'aménagement de son contenu ou de ses effets, et qu'à ces deux catégories correspondent deux régimes bien distincts de la sanction : la nullité et la résiliation, d'une part, et l'application directe de la règle par l'adaptation de l'économie du contrat à ses impératifs, d'autre part.

Or, les codes civils ne s'occupent pas de l'économie du contrat (A). En plus, dans les cas exceptionnels où ils l'envisagent, ils prévoient la sanction convenable à cette économie (B).

A. — Le principe.

456. — Il est juste que le Code civil français n'envisageait que la nullité et la résiliation comme régime de la sanction de tout le droit contractuel. Cela provient justement de ce qu'il ne concevait le contrat que dans son aspect d'acte instrumental, où plus exactement les deux aspects se confondaient. Dans une économie tout à fait libérale et

(10) *Droit civil, op. cit.*, T. 2, p. 397.

dans un système basé sur l'autonomie de la volonté, c'est l'autorité qui crée le contrat lui-même qui détermine ses effets, de sorte qu'on ne saurait discerner dans le contrat qu'un acte de volonté. Dans les deux domaines, la mission de la loi n'était que de permettre à la volonté son épanouissement complet : les règles juridiques apparaissaient comme tendant à formuler les conditions de l'existence du contrat. « C'était le droit de prohibition, le droit de l'Etat gendarme où l'ordre public n'est qu'interdictions (11). » De là, qu'on se plaçait du côté de l'objet de la loi ou du côté de la volonté des parties, la réponse est identique : l'analyse des règles légales comme celle du contrat exigent le démantèlement du contrat, et rien que celui-ci ne saurait assurer au droit contractuel une sanction efficace.

457. — Si donc le législateur se charge de l'aménagement de l'économie du contrat en négligeant la volonté des parties, il se charge d'une nouvelle mission distincte et parallèle à son ancienne mission. Celle-ci s'ajoute à celle-là sans se confondre avec elle, les deux rôles du législateur marchant l'un à côté de l'autre sans qu'ils se rencontrent nécessairement. Les règles que le législateur édicte pour remplir sa nouvelle mission doivent trouver leur sanction propre qui correspond à leur nature ; elles n'ont plus le même objet, ni le même but que les règles qu'il sanctionnait déjà par la nullité ou la résiliation. Comment appliquer celles-ci à des actes entachés d'un vice dont le législateur n'aurait jamais pensé qu'il pût exister un jour : « le vice économique du contrat ? »

458. — Sur la foi de l'article 6 du Code civil français, on a cru que toutes les lois de droit privé devaient nécessairement être classées en deux groupes : lois impératives, supérieures aux volontés privées, et lois simplement interprétatives de ces volontés et susceptibles d'être écartées par elles (12). En effet, on voyait dans la volonté individuelle l'objet et le terme de toute règle de droit. On a cru que c'était un caractère spécifique essentiel de toute disposition législative que sa force de résistance contre la volonté privée et que, par suite, ce caractère pouvait servir de base à une division générale des lois (13).

Cependant il y a des lois « qui ne commandent ni n'interprètent des volontés mais disposent, pour l'excellente raison que, dans un bon nombre de situations juridiques, l'intervention des volontés ne se conçoit pas (14) ». Ce sont les lois « qui ont pour fonction de régler l'édifice social et l'organisation des institutions (15) ». Or, la plupart des règles de l'économie du contrat ne commandent ni n'interprètent, elles disposent. Ces règles, nous l'avons vu, comportent « toute une mission positive qui consiste... à coordonner les activités économiques

(11) MALAURIE, *op. cit.*, n° 60.
(12) GOUNOT, *op. cit.*, p. 89.
(13) *Idem*, p. 92.
(14) *Idem*, pp. 92 et s.
(15) *Idem*, p. 93, note 2.

des individus, à protéger les faibles, à aider et à assister (16) ». Le droit moderne, parce qu'il a répudié le dogme de l'autonomie de la volonté, parce qu'il ne croit plus en la concordance du libre jeu des volontés individuelles et de l'intérêt général, dit (17) « de quelle manière les hommes doivent agencer leurs rapports pour satisfaire l'intérêt général (18) ». « Si l'on va au fond des choses, il pourrait sembler bien plus conforme à la raison que le souverain s'exprime par ordres et non point par conseils (19) ». En conséquence, l'Etat ne dit pas seulement ce qu'il ne faut pas faire, il dit ce qu'il faut faire (20). De là, la législation spéciale des contrats, en même temps qu'elle s'est développée, d'interprétative qu'elle était essentiellement, elle est devenue dispositive. Nous en avons vu les différentes illustrations.

459. — Toutefois, l'objet ou la nature dispositive de la règle légale peut être contesté toutes les fois que la règle prend la forme d'une défense : défense de certaines clauses faisant varier le contenu contractuel en fonction des circonstances économiques. Mais alors, il s'agit encore au fond des règles dispositives. Dans la mesure où le législateur ne cherche qu'à interdire certaines clauses soupçonnées de leur caractère inflationniste, il ne vise pas à anéantir l'opération juridique elle-même, mais à indiquer de quelle manière les hommes doivent agencer leurs rapports pour satisfaire l'intérêt général. Ce n'est pas la forme de la règle qui compte, c'est sa portée à l'égard de l'économie du contrat.

460. — Ainsi, les nouvelles règles légales ne sont pas des applications des anciennes catégories qui ont pour sanction la nullité ou la résiliation. Elles ne sont pas non plus des exceptions à celle-ci. Elles constituent plutôt une nouvelle catégorie juridique avec sa technique sanctionnatrice propre, sans que cette technique soit nécessairement une dérogation aux anciennes techniques. Il ne s'agit pas d'un principe général et de règles particulières. Il s'agit plutôt de deux principes généraux qui ont, au même titre, droit de cité dans la théorie de la sanction du droit contractuel.

L'adaptation n'empiète donc nullement sur la nullité ou la résiliation en tant que sanctions de droit commun : celles-ci restent intactes dans leur domaine propre, celui des éléments d'existence du contrat, où elles trouvent leur pleine efficacité. C'est un domaine tout à fait extérieur qu'est celui des règles qui aménagent l'économie du contrat.

461. — Ainsi, se trouve légitimée, du point de vue de la technique juridique comme de celui de la politique, l'attitude du législateur chaque fois qu'il prévoit expressément comme sanction de la règle légale son application directe, par la modification du contrat, de

(16) MALAURIE, *op. cit.*, n° 73.
(17) *Ibid.*
(18) RIPERT, *Le régime démocratique...*, n°s 139, 254.
(19) CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, T. 2, n° 118, p. 395.
(20) RIPERT, *L'ordre public économique, loc. cit.*

façon à le rendre conforme à ses impératifs. Ainsi, le juge se trouve justifié aussi à chercher la sanction du contrat inadapté dans cette application en l'absence de toute directive donnée par le législateur dans tel ou tel sens, sans empiéter sur le domaine des sanctions classiques : il est, par hypothèse, affranchi des principes de la nullité et de la résiliation.

B. — Verification du principe.

462. — Il serait intéressant de soumettre nos solutions à contre-épreuve. Les codes civils n'envisageaient le contrat que dans son aspect d'acte instrumental et donc lui donnait la nullité et la résiliation comme sanctions générales. Quelle est la sanction qu'ils prévoyaient lorsqu'ils s'occupaient du contenu contractuel exceptionnellement et par violation des frontières qu'ils s'étaient tracées ? Il apparaît que les codes eux-mêmes se sont souciés de donner la sanction convenable.

463. — *a*) Exceptionnellement, le Code civil français s'est occupé de l'économie du contrat dans le cas de la lésion dans la vente des immeubles et il lui donne la réduction comme sanction. Certes, il laisse au juge le soin de choisir entre la réduction et la nullité. Mais cela ne s'explique-t-il pas par la nature hybride de la lésion, dans la conception du législateur ? La lésion est un déséquilibre objectif entre les prestations et, en tant que telle, elle entraîne la modification ; mais aussi, elle est un déséquilibre qui s'apparente au défaut dans la volonté du lésé et, à ce titre, elle se réclame de la nullité. Par ailleurs, l'acheteur a la faculté de payer le supplément du juste prix sous la déduction du dixième du prix total pour éviter la nullité (article 160 du Code civil français) (21).

La même sanction se retrouve à l'égard des contrats de « pure administration » conclus par le mineur émancipé. La lésion, dans ces contrats, s'accompagne d'un élément subjectif concernant l'âge du contractant. Ainsi, les obligations du mineur peuvent être réduites ou annulées (22).

464. — *b*) Le Code civil égyptien, vu sa nouveauté, et par ses dispositions sur la théorie de l'exploitation, la théorie de l'adhésion et celle de l'imprévision, répond peut-être mieux encore que le Code civil français à cette restriction du domaine de la nullité, sanction de droit commun.

De la même manière que le législateur français envisage la lésion, le législateur égyptien envisage l'exploitation dans sa nature hybride et ainsi laisse au juge le choix entre la nullité et la réduction. A côté de l'élément objectif qui consiste dans le déséquilibre de l'économie du contrat, le législateur égyptien recourt à un élément

(21) Voir aussi les articles 887 et s., pour la lésion dans le partage.
(22) Marty et Raynaud, *op. cit.*, T. 1, p. 1103.

subjectif qui consiste dans l'exploitation par une partie de « la légèreté notoire ou d'une passion effrénée » de l'autre partie. Ainsi, « le juge peut, sur la demande du cocontractant lésé, annuler le contrat ou réduire les obligations de ce contractant ». Plus révélatrice de notre point de vue, selon l'alinéa 3 de l'article 129 : « lorsqu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux, l'autre partie peut éviter l'action en annulation en offrant de verser un supplément que le juge reconnaîtra suffisant pour réparer la lésion ».

Quant au contrat d'adhésion, le législateur égyptien lui donne la sanction qui correspond le mieux aux exigences de l'économie du contrat. L'article 149 du Code civil ne parle nullement de la nullité. Quoiqu'il s'agisse d'un vice originaire concomitant à la conclusion du contrat, le vice ne réside pas dans la formation du contrat, mais dans le déséquilibre résultant des clauses léonines y introduites. Le contrat est ainsi valable, mais « le juge peut, si le contrat contient des clauses léonines, modifier ces clauses ou en dispenser les parties adhérentes, et cela conformément aux exigences de l'équité (23) ».

Dans la troisième application saillante de l'aménagement de l'économie du contrat, celle de l'imprévision, le législateur égyptien prévoit la modification du contrat et la considère d'ordre public. Bien plus, il ne parle pas de la résiliation : « Le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire dans une mesure raisonnable l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle.

465. — Dans tous les cas où le Code civil égyptien s'est occupé de l'économie du contrat, il s'est montré bien conscient de la nature propre de la sanction. Toutes les applications s'accordent et se consolident dans ce sens. Il ne reste qu'à les grouper et en faire la théorie pour découvrir que la nullité et la résiliation ne sont les sanctions de droit commun que dans le domaine de la création du contrat et qu'il y a aussi un autre régime qui peut être dit régime de droit commun quant à tout ce qui touche à ses effets. Si ce régime n'est pas exprimé dans un texte précis, il n'en reste pas moins sous-jacent.

Sous-section II

L'ADAPTATION ET L'ANALYSE DE LA VOLONTE DES PARTIES

466. — La règle juridique concernant le contenu du contrat aboutit à son adaptation. C'est, sur le plan de la sanction, la conséquence du caractère positif de cette règle.

On sait que l'annulation du contrat est fonction de la volonté des contractants. On n'annule le contrat tout entier que si la partie

(23) Voir aussi une autre application dans l'article 223 concernant la clause pénale.

illicite est déterminante dans la conclusion du contrat. A défaut, on annule la seule partie illicite. Y a-t-il lieu de procéder à la recherche de la volonté avant d'opter pour l'exécution directe de la règle légale violée (§ 2) ? Avant de répondre, il est nécessaire de voir clairement la fonction de la recherche de la volonté dans la nullité (§ 1).

§ 1. — Le rôle de la volonté dans la détermination de l'étendue de la nullité.

467. — En effet, la recherche de la volonté des parties, à propos de la nullité, ne concerne que l'hypothèse de plusieurs promesses ou opérations contenues dans le même acte et dont l'un seulement est nul pour manquement de l'un de ses éléments constitutifs ; les textes français et égyptien restreignent la nullité à la promesse ou à l'opération viciée, ou la prolongent aux autres selon la divisibilité ou l'indivisibilité qui existe entre elles (24).

M. Boulanger observe que « bien que le mot ne figure pas dans les arrêts, l'indivisibilité obtient une sorte de reprise d'avantage dans la jurisprudence qui prononce la nullité totale, lorsque l'exécution de la condition illicite ou immorale a été la cause impulsive et déterminante de la promesse ». Le recours à la volonté ou plus largement aux éléments subjectifs n'est pas, en réalité, que pour découvrir ce lien d'indivisibilité. Ce qui fait l'indivisibilité, ce n'est pas seulement la forme matérielle de la convention; ce n'est pas sa nature. La volonté peut aussi créer un « lien indivisible entre des éléments plus ou moins éloignés les uns des autres (35) » : « Il y a une série d'accords particuliers en liaison les uns avec les autres (26). »

468. — Quant à l'économie du contrat, elle est toujours indivisible. Tant qu'il s'agit de la détermination libérale de cette économie, chaque atteinte aux clauses qui l'établissent la bouleverse nécessairement. Il serait toujours contraire à l'intention des contractants, et par là au droit qui leur confère cette compétence, de maintenir un contrat amputé d'un des éléments qui établissent son économie. Par contre, lorsqu'il s'agit d'une détermination légale directe, le maintien du contrat amputé de la clause illicite serait peut-être contraire à la volonté des parties et non à la règle légale qui a cette compétence.

469. — On peut comprendre le rôle de la volonté dans la limitation de l'étendue de la nullité, surtout en droit égyptien, à la lumière de l'interprétation que la jurisprudence et la doctrine allemandes et suisses donnent aux textes analogues dans la B. G. G. (article 139) et le Code suisse des obligations (article 20).

(24) Cf. J. Piedelièvre, *op. cit.*, p. 389.
(25) F. Terré, *op. cit.*, n° 465.
(26) *Idem*, n° 472.

Pour que la règle de l'article 20/2 du Code suisse des obligations soit applicable, d'après le texte français de la loi, « le contrat ne doit être vicié que dans certaines clauses ». Les textes allemand et italien du même article parlent de « certaines parties du contrat ».

La doctrine dominante entend, par le terme de « clauses d'un contrat », toute déclaration de volonté de l'un des contractants concordant avec celle de l'autre. Il y a, dans un contrat, autant de clauses que de déclarations émises par l'un des contractants qui se trouvent en accord avec celles de l'autre (28).

Il est vrai que pour une autre opinion, il faut interpréter l'article 20/2 d'une manière extensive en se basant sur les textes allemand et italien et en tenant compte de son but : ce but est « de restreindre la nullité à ce qui est strictement nécessaire pour supprimer le désaccord du contrat avec la loi ou les bonnes mœurs. La cause de nullité peut, au lieu de vicier en entier une clause du contrat, n'atteindre qu'une partie des effets ou de l'effet fixé par celle-ci. Il n'est pas seulement possible de distinguer les uns des autres les divers effets d'un contrat d'après les clauses dans lesquelles ils seront exprimés, mais l'on peut aussi diviser quantitativement le contenu d'un effet prévu par une clause (29) ».

Cependant, on a objecté à cette dernière opinion que « la limitation de la notion de partie aux clauses particulières est aussi la seule solution qui soit conforme à la nature de la nullité ; logiquement, on peut bien parler de la nullité d'une clause du contrat, mais pas de la nullité d'une prestation ou d'une partie de la prestation (30).

En tout cas, dans toutes les hypothèses où ce qui est en cause est l'économie du contrat, quoiqu'on parle de nullité partielle, on ne tient pas compte du fait que l'un des contractants n'aurait pas conclu le contrat sans la partie nulle : prix maximum, contrats contenant une clause commissoire, une clause d'anatocisme, clauses d'exonération de responsabilité ou disposition impérative de la loi sur le contrat de travail, etc. Il est intéressant de relever que de telles dérogations au fonctionnement de la nullité proprement dite peuvent être imposées par « une disposition expresse de la loi ou par le but de la norme qui prévoit la nullité ou enfin par les règles de la bonne foi (31) ».

(27) L'article 143 du Code civil égyptien a été puisé dans ces textes.

(28) Haluk TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 58 et ; Gamil ELCHARKAOUI, *op. cit.*, n° 30. Cf. SALEILLES, *Déclaration*, *op. cit.*, pp. 303 et s.

(29) Haluk TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 61 et s.

(30) SCHERER, cité par Haluk TANDOGAN, *op. cit.*, p. 65.

(31) Haluk TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 83 et s. L'auteur (p. 86) relève que « en effet, il existe des dispositions légales qui interdisent la stipulation d'une clause ou une étendue excessive de celle-ci afin de protéger l'intérêt public ou l'intérêt légitime de l'un des contractants qui est économiquement le plus faible. Lorsqu'une telle clause est stipulée seulement à l'avantage de l'un des contractants, l'admission de la nullité totale, sous le prétexte que ce dernier n'aurait pas conclu le contrat sans la clause nulle, rendrait illusoire la protection visée par l'interdiction. Car l'intérêt public ou l'intérêt du contractant économiquement faible commande justement le maintien du contrat dans sa partie nulle ».

470. — Le rôle de la volonté dans la détermination de l'étendue de la nullité apparaît clairement des applications qu'on en donne, soit dans la jurisprudence française, soit dans la note explicative du Code civil égyptien.

La jurisprudence française applique la nullité partielle à une donation prohibée dans un contrat de mariage (32), à un pacte sur succession ouverte et sur succession future (33), à une cession de créances avec clause illicite (34) et à une promesse de vente et une prorogation de bail (35) qui sont, en fait, des promesses indépendantes dans le même acte.

Par contre, s'agissant des clauses relatives aux prix, l'illicéité de la clause n'entraîne pas la nullité de la convention quand bien même la clause est déterminante. On adopte une règle semblable à celle que le Code civil français édicte pour les donations dans l'article 900 avant sa dénaturation par la jurisprudence (36). Ainsi, en matière de cession d'offices ministériels, l'illicéité de la contre-lettre n'entraîne pas la nullité de l'acte principal. Le tribunal civil de Vervins (37) justifie cette solution par la fonction perturbatrice de l'ordre public : les raisons d'ordre public qui ont amené la jurisprudence à décider que cet acte n'était pas soumis aux règles ordinaires de la résolution des contrats s'opposent également à ce qu'il soit annulé par l'application de l'article 1172. Certes, la jurisprudence semble procéder à la recherche de la volonté des parties en matière des clauses-or. Mais nous avons vu (38) que, dans la majorité des cas, ce n'est en effet qu'un renoncement des tribunaux à l'application des principes de la nullité.

Les travaux préparatoires (39) du Code civil égyptien ne sont pas moins clairs en ce qui concerne la fonction de la volonté dans la nullité. Ils fournissent comme application de la nullité partielle une donation accompagnée d'une clause illicite et une vente qui porte sur plusieurs choses dont il y a erreur sur une qualité substantielle de l'une d'entre elles. Ce sont bien des opérations distinctes contenues dans le même acte.

471. — La nullité partielle est donc autre chose que l'adaptation. La première suppose des promesses diverses ou des « propositions » indépendantes qui figurent dans le même acte instrumental et dont

(32) Exemple de la nullité de tout le contrat : Civ., 19-6-1872, D. 1872.1.346. Exemple de la nullité de la seule partie illicite : Ch. réunies, 31-6-1892, S. 94.1.449 ; Civ. 30-11-1908, D. 1909.1.319.

(33) Douai, 1-5-1945, S. 1946.2.85, note René Morel ; Cass. 11-1-1937, Aubry et Rau, IV.S.344, n° 18, cité par Malaurie, *op. cit.*, n° 385.

(34) Req. 20-11-1934, Gaz. Pal., 1934.2.299 ; 31-10-1938, S., 1939.1.62.

(35) Civ. 22-12-1949, J.C.P., 1950.II.5322 et note Becqué.

(36) Ripert, *Le régime démocratique, op. cit.*, n° 145.

(37) 19-7-1892, D., 1895.1.347. Cf. aussi Civ. 10-7-1929, D.H., 1929.442 ; note P. Voirin sous Civ. 20-3-1929, D., 1930.1, pp. 13 et s.

(38) *Supra*, n^{os} 376 et s.

(39) T. 2, p. 260.

l'une d'elles ne réunit pas les éléments nécessaires à sa validité. La dernière suppose, par contre, une même promesse qui a réuni ses éléments de validité, mais que les parties lui donnent une portée qui excède ou est inférieure à celle qu'exige une règle dispositive.

§ 2. — Le rejet de la recherche de la volonté dans l'adaptation.

472. — Si les règles concernant l'étendue de la nullité, c'est-à-dire la nullité partielle, paraissent, par le domaine qu'on leur assigne, en dehors du domaine où joue l'adaptation, le fonctionnement de cette dernière diffère-t-il nécessairement de celui de la nullité partielle ? Si, pour déterminer l'étendue de la nullité, on cherche s'il y a ou non un lien d'indivisibilité entre les opérations que contient l'acte juridique à travers la recherche des motifs déterminants, convient-il, avant de permettre l'adaptation, de rechercher si l'économie du contrat telle que l'avaient aménagée les parties était déterminante ? Autrement dit, l'adaptation est-elle un prolongement de la nullité partielle sur le domaine de l'économie du contrat ?

Cette solution paraît concevable, du moins lorsque l'adaptation ne prend pas la forme d'une application d'office d'une règle légale non contractuellement prévue, mais celle de la suppression de la stipulation contraire à la loi. Néanmoins, l'examen approfondi du système aboutit au rejet de telle recherche (A).

D'autre part, même ramenée sur le plan de la conclusion du contrat, l'analyse de la volonté ne paraît pas moins illégitime (B).

A. — Le caractere imperatif de l'adaptation.

473. — On s'est demandé, lorsqu'un texte édicte une annulation ou une modification du contrat, si le juge devra procéder à la suppression de la seule clause illicite ou modifier le contrat, en présence de ce texte exprès, lors même que la volonté des parties en aurait fait un élément déterminant. De deux choses l'une : ou bien le législateur exclut toute possibilité de détruire le contrat, même si les éléments modifiés avaient été déterminants, ou bien il entend laisser le sort du contrat lui-même à la volonté des parties, la question de l'adaptation par suppression ou modification ne se posant que pour un contrat déjà voulu par celle-ci, même après une telle adaptation.

474. — Malgré l'existence des textes, on voit parfois, dans la doctrine et la jurisprudence françaises, une certaine réticence à l'égard de ses exigences. En ce qui concerne la loi du 27-2-1912, on admet difficilement la répétition de la partie du prix non déclaré. « Le fisc, pour lutter contre la fraude, favorise la malhonnêteté »,

disent MM. Mazeaud (40). Dans un arrêt récent (41), la Cour suprême corrige la règle de l'inefficacité de la seule contre-lettre non écrite, par la théorie de la cause impulsive et déterminante, en édictant que l'acte ostensible doit lui aussi être annulé. Dans un autre arrêt (42), la même Cour, invoquant la notion d'indivisibilité, en fait l'intention du donateur, annule à la fois une contre-lettre stipulant une soulte et la donation partage.

475. — M. Voirin n'écarte pas la recherche de la volonté à propos de la clause d'exclusivité (43), en application des principes généraux de la sanction et en faisant intervenir la notion de cause impulsive pour corriger la solution du texte. Selon ses principes, « on avance d'abord l'hypothèse que dans le contrat seule une clause est illicite, puis on donne de suite la clef : il s'agit de savoir si cette clause a été déterminante pour décider de l'annulation totale ou partielle de la convention. L'hypothèse de départ n'est pas examiné longuement, comme si la détermination de l'illicite allait de soi, ou bien on renvoie à l'étude de la condition à peu près synonyme de clause (44) ».

De même, la doctrine égyptienne a une tendance à considérer les dispositions confiant au juge la modification du contrat comme application de l'article 143 du Code civil égyptien (45). Cet article, nous le savons (46), concerne la nullité partielle et la fait dépendre de la volonté des parties.

476. — Cependant, l'application des principes généraux et l'invocation de la cause nous paraissent impossibles sur le plan de l'économie du contrat. Car enfin, lorsque la loi annule les stipulations contraires, ne s'agit-il pas, la plupart du temps, pour ne pas dire toujours, de stipulations qui étaient déterminantes ? Toujours, la clause présente pour les parties tellement d'importance qu'elle justifie à elle seule le contrat. C'est un élément essentiel du contrat qui est modifié : le taux du loyer doit être ramené au taux légal, le prix doit être réduit, etc. Toute recherche de la volonté serait artificielle en notre matière et surtout arbitraire, nous l'avons vu (47).

S'il fallait vraiment tenir compte de la volonté des parties, jamais l'adaptation ne serait réalisée (48). En tout cas, suffirait-il que la

(40) R.T.D.C., 1940-1941, p. 428, note Mazeaud. Voir les ouvrages cités dans la note.
(41) Civ. 1, 30-3-1955 et Civ. 1, 4-7-1955, D. 1956.J.19, note Malaurie, R.T.D.C., 1955.516 et s., obs. Carbonnier.
(42) Civ. 1er, 28-6-1956, D., 1957.J.229, note Voirin.
(43) D. C., 1944, L., p. 1 et s., Commentaire de P. Voirin.
(44) Farjat, *op. cit.*, n° 481.
(45) Alsanhouri, *Alwassit, op. cit.*, 4e partie, 2e vol., n° 1025.
(46) *Supra*, n° 373.
(47) *Supra*, nos 376 et s.
(48) Farjat, *op. cit.*, n° 481.

partie qui bénéficie de la clause condamnée prenne le soin de stipuler dans le contrat que son sort est lié à celui du contrat lui-même pour que l'adaptation soit écartée et l'annulation prononcée (49). N'est-il pas absurde de faire des lois qui seraient, par hypothèse, condamnées à ne recevoir jamais d'application ?

477. — On a parfois recherché la solution par l'exégèse des textes : « Quand le législateur édicte la nullité, la question est laissée à la volonté; par contre, en le rendant simplement "non" écrit, le contrat est à l'abri de tout risque d'annulation (50). » M. Farjat (51) estime, à juste titre, qu' « il est plus que hasardeux de construire une théorie de l'annulation partielle obligatoire sur les termes employés par un législateur dont les techniciens mettent en doute qu'il connaisse toujours la portée des termes qu'il emploie... ». Ce qui est déterminant, dans le fonctionnement de l'adaptation, ce sont moins les termes employés par le législateur que son objet positif, son but dirigiste et son caractère dispositif. Ceux-ci supposent nécessairement la négligence complète de la volonté des parties et l'application directe de la règle. Ainsi, dans un arrêt du 13-11-1954, le tribunal de première instance du Caire (52) a jugé que la réduction du loyer « ... est parfaitement analogue à l'accord sur un intérêt qui dépasse le taux légal... dans lequel l'intention des parties n'a aucun effet ».

478. — Cette nature spéciale de la règle, à propos du contenu du contrat, justifie la même solution alors qu'il n'existe pas un texte spécial prévoyant la suppression de la seule clause illicite ou la modification du contrat. La dispense de l'analyse de la volonté des contractants découle directement de la nature de la règle violée. Lorsqu'il y a, par exemple, vente au prix qui dépasse la taxe, il serait superflu de rechercher si les contractants auraient conclu le contrat au prix légal, avant de procéder à la réduction du prix stipulé, au taux de la taxe. Pour M. Malaurie, les exigences de l'ordre public doivent entraîner cette disjonction nécessaire à sa sanction (53).

479. — Même dans la conception classique, la question de l'étendue de la nullité est tout à fait distincte de celle de l'aménagement de l'économie du contrat. Dans une économie libérale, « l'économie intrinsèque du contrat ne peut être modifiée par le juge (54) ». L'annulation partielle repose sur la volonté réelle des parties, tandis

(49) *Ibid.*

(50) Voir un exemple de cette exégèse à propos du décret du 30-9-1953, D., 1954, leg., p. 185 et commentaire de Robert-Martin, René Maus et Pierre Lafarge.

(51) *Op. cit.*, n° 481.

(52) Almohamad, 36, n° 446, p. 911. Dans le même sens, Tribunal du Caire, 10-11-1949, Almohamah, 29, n° 432, p. 794 ; Tribunal du Caire, 19-10-1953, Ch. 12, n° 4040-1952, cité par ALSANHOURI, *op. cit.*, p. 1026, note 3.

(53) *Op. cit.*, n° 394.

(54) *Idem*, n° 251.

que la suppression d'une clause concernant l'économie intrinsèque du contrat ne saurait être dans tous les cas qu'adressée explicitement contre elle. On ne saurait concevoir la modification des clauses du contrat sans atteindre la volonté des contractants (55).

B. — Le caractere imperatif de l'adaptation et la conclusion du contrat.

480. — Ainsi, alors même que la loi a prononcé sans équivoque la suppression de la partie illicite ou la modification du contrat, on a songé à ramener le problème sur le terrain de la conclusion du contrat dans l'espérance d'éviter l'adaptation et de faire valoir la nullité.

Chaque fois qu'on peut prouver que le cocontractant qui réclame l'application de la règle légale avait, dès la passation du contrat, l'intention de l'invoquer, on a dit qu'il y a nullité dans le sens restreint que nous donnons à ce mot (inexistence), faute de rencontre de deux volontés. Il y a divergence entre la volonté réelle et la volonté déclarée : l'autre contractant comptait sur cette dernière.

481. — Un propriétaire offre un logement moyennant le versement d'une soulte illicite. Le postulant locataire accepte, reçoit l'engagement de location, occupe l'appartement, puis dénonce le propriétaire à l'autorité judiciaire et ne paye pas. Le propriétaire ne craint pas d'exposer sa « turpitude » aux autorités judiciaires, puisqu'elle a été dénoncée et qu'il est poursuivi au pénal, et il sollicite l'expulsion du locataire pour l' « inexistence de cause, faute de rencontre des volontés ».

Le tribunal de la Seine (56) lui donne gain de cause. L'article 63 de la loi du 1er-9-1948 a bien prévu la nullité de toute clause tendant à imposer un prix de location illicite, mais le tribunal l'écarte comme s'appliquant « dans l'hypothèse où a pris naissance un contrat de location ». Or, en l'espèce, « les volontés des parties ne sont nullement convergentes, mais au contraire opposées. Le propriétaire n'avait à l'évidence consenti l'engagement de location qu'à la condition de toucher la reprise illicite que le locataire n'avait nullement l'intention de lui verser. Il n'a donc jamais existé entre les parties de concours de volontés concordantes pouvant donner naissance à un contrat, même nul... ».

482. — On voit bien à quel résultat aboutit la nullité en l'espèce : de celui qui viole la loi et de celui qui s'en prévaut, c'est le premier qui l'emporte ; encore, la situation de celui qui ne viole la loi qu'en apparence, ayant l'intention dès l'abord de dénoncer cette violation, serait pire que celle de celui qui l'a violée sans aucune intention de repentir. N'est-ce pas, encore une fois, sacrifier la règle légale dans un bon nombre des cas où elle est appelée à jouer ?

(55) *Supra*, nos 120 et s.
(56) T. C., Seine, 9-12-1953, D., 1954.J.30.

D'ailleurs, la nullité du contrat est-elle vraiment commandée par les principes qui gouvernent la conclusion du contrat ? M. Farjat (57) observe que l'accord des volontés a bien porté sur « un élément du contrat qui, justement, en vertu de la loi, échappe à la volonté des parties » ; le versement illicite n'avait pas à intervenir dans la conclusion du contrat. M. Savatier (58), pour sa part, approuve cette analyse. Pour lui, chaque fois qu'il s'agit d'une prestation réglementée, il importe peu que les volontés soient d'accord sur cette prestation. Et le même auteur relève que la solution est généralement appliquée : « Ainsi, quand les articles 181 et 183 du code d'enregistrement annulent toute convention dissimulant une partie du prix d'une vente d'immeuble ou de fonds de commerce, il n'est pas question d'admettre le vendeur, pour échapper aux inconvénients de cette disposition, à plaider que la vente elle-même serait nulle, parce qu'il n'avait l'intention de la consentir qu'au prix occulte correspondant à la dissimulation. »

En tout cas, et même si on se contente de l'analyse de la volonté contractuelle, s'agit-il, dans la conclusion du contrat, de la volonté psychologique ou de la volonté juridique épurée de toutes ces incertitudes ? Ce qui est en jeu, c'est cette dernière. La solution ne fait pas de doute en droit égyptien. Celui-ci « adopte le critère de la volonté reconnaissable pour vérifier la concordance de vouloir et déterminer le sens de l'engagement (59) ».

483. — Ainsi, le tribunal paritaire de Lannion (60) a pu placer le débat dans sa juste perspective. En l'espèce, les parties étaient tombées d'accord pour conclure un bail de neuf ans contre un fermage normal en denrées, et, en outre, pour que le futur fermier paye, avant son entrée en jouissance, une somme de 150 000 francs « pour participation aux réparations que le propriétaire effectuait et se proposait encore d'effectuer sur la ferme ». Mais au jour prévu pour l'établissement du bail notarié, les preneurs avaient refusé la somme ainsi convenue et s'étaient partiellement refusés à signer, de cette somme, une reconnaissance de dette. Il s'agissait de savoir s'ils pouvaient exiger tout de même la passation du bail. Le tribunal a décidé que « l'ordonnance du 17 octobre 1945 a brisé le cadre contractuel et est intervenu pour fixer d'autorité ou par l'entremise de contrats-types presque tous les termes du bail ; de plus, les dispositions de ladite loi sont non pas supplétives, mais nettement impératives, certaines d'entre elles étant même déclarées expressément d'ordre public, d'où l'impossibilité pour les parties d'y déroger... ». « La stipulation à laquelle le preneur ne voulait pas se soumettre

(57) *Op. cit.*, n° 485.

(58) Note, D. 1950.J.115, précitée.

(59) Chams Eldin Elwakil, *Essai sur la technique de l'obligation volontaire en droit égyptien*, Thèse, Paris, 1952, p. 253. Pour plus de renseignements, voir la deuxième partie de cette thèse.

(60) T. par. d'arr. de Lannion, le 16-12-1949, D. 1950.J.113 et note Savatier.

était nulle, mais le surplus de l'accord des parties demeure valable, la promesse synallagmatique de bail équivalant à un bail lorsqu'elle prévoit tous les éléments essentiels à la validité du contrat... » Par la suite, le tribunal a décidé que le fermier est en droit d'exiger la passation du contrat aux conditions licites fixées par l'accord.

Section II

L'ADAPTATION, EXECUTION IMMEDIATE DE LA REGLE LEGALE VIOLEE

484. — Il s'agit maintenant de savoir si les règles régissant l'économie du contrat doivent encore faire plier les volontés privées, même lorsque celles-ci se sont exprimées correctement, lorsqu'elles ont établi la situation juridique en cours. Quels rapports peuvent s'établir entre le contrat et la modification de la règle juridique qui aménage le contenu contractuel en fonction de la conjoncture économique et sociale ?

485. — Le principe qui gouverne la matière est celui selon lequel la loi nouvelle ne peut avoir un effet rétroactif et doit avoir un effet immédiat. Deux méthodes principales ont été suivies pour appliquer ce principe ; une méthode subjective, qui a pris naissance sous la Révolution française et s'est rapidement développée au cours du XIX^e^ siècle, réclame que l'action des lois nouvelles soient réglée en fonction des droits acquis qu'elles rencontrent devant elles ; et une méthode objective, plus ancienne que la précédente, mais pour laquelle la doctrine moderne a de plus en plus de faveur, réclame que l'action des lois nouvelles soit réglée en fonction des faits qu'elles rencontrent (61).

(61) Dans la première méthode, « tout l'effort des interprètes est tendu vers la définition du droit acquis qui constitue un obstacle à l'application de la loi nouvelle : on oppose alors le droit acquis au droit qui n'est pas encore acquis ». (P. Roubier, *Le droit transitoire*, 2^e^ éd., Dall. et Sirey, n° 23). Le critérium est donc tiré du caractère plus ou moins complet de l'acquisition du droit par son sujet.

Cependant, si on s'entend à définir ce qu'est un droit acquis selon les diverses règles légales, ce critère apparaît impuissant à donner une solution aux différents conflits des lois (*Idem*, n° 36 ; P. Level, *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, Paris, 1959, n^os^ 44 et s.). D'une part, il y a des lois qui sont incontestablement rétroactives sans qu'elles lèsent pourtant des droits acquis. (Par exemple, les cas dans lesquels un acte juridique a été irrégulièrement fait : alors nous sommes en face d'une hypothèse dans laquelle il n'y a pas de droit acquis. (Pour d'autres exemples, voir Roubier, *op. cit.*, n° 36.) D'autre part, il y a des cas où la loi nouvelle lèse des droits acquis sans être rétroactive. (Par exemple, on ne saurait dire que les lois qui supprimaient l'esclavage ou les droits féodaux étaient des lois rétroactives. Voir Roubier, *op. cit.*, n° 36.)

Ainsi, les auteurs sont tellement embarrassés pour fournir une définition claire du droit acquis et entendent en réalité, sous le couvert de ce mot, fixer de

486. — Cependant, tant dans la méthode classique que dans la méthode moderne, la doctrine est unanime à appliquer la loi ancienne aux effets en cours des contrats déjà valablement constitués par dérogation au principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle. Une telle dérogation repose en fin de compte sur ladite impossibilité de distinguer dans le domaine du droit contractuel des lois concernant les effets du contrat, qui ne se ramènent pas à des lois réglementant sa formation.

Néanmoins, notre analyse des solutions du droit positif nous a amené à constater la possibilité et la nécessité d'une telle distinction. Par là même, nous avons été conduit à affirmer que la loi nouvelle réglementant les effets à venir du contrat doit s'appliquer immédiatement aux effets non encore produits. Le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle ne supporte pas d'exception en matière contractuelle. C'est la conséquence naturelle de l'adaptation, exécution directe de la règle légale violée.

Sous-section I : *Les effets du contrat et le principe de la survie de la loi ancienne.*

Sous-section II : *L'adaptation et l'application du principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle aux effets du contrat.*

Sous-section I

LES EFFETS DU CONTRAT ET LE PRINCIPE DE LA SURVIE DE LA LOI ANCIENNE

487. — Quelle que soit l'approche adoptée dans la solution du problème des conflits des lois dans le temps, la doctrine arrive à la même conclusion : la nécessité d'appliquer la loi ancienne sur tout

la manière qui leur paraît la meilleure, les véritables règles de soluiton de conflit des lois sans donner à la notion de droit acquis un sens et une portée limités (*ibid.*). La notion première de droit acquis, était alors analysée, puis remodelée successivement par des ajustements rendus nécessaires entre la théorie et les solutions de la pratique (P. Level, *op. cit.*, n° 47).

A partir de la critique de la doctrine des droits acquis, les esprits se sont inclinés vers une méthode objective : au lieu de se demander s'il s'agit de droit acquis ou non encore acquis, on se demande s'il s'agit des *facta praeterita* ou des *facta pendentia*. La loi nouvelle ne saurait gouverner les faits accomplis, s'il s'agit de situations juridiques qui ont été créées ou des effets de ces situations qui ont été produits, sans être rétroactive. Par contre, les situations en cours peuvent être touchées par les lois nouvelles à partir de leur entrée en vigueur, sans qu'il y ait autre chose qu'un effet immédiat de ces lois, qu'il s'agisse de leur création ou de leurs effets (P. Roubier, *op. cit.*, n° 37). « Il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement législatif, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les parties postérieures pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s'appliquer, n'aura jamais qu'un effet immédiat. » (*Idem*, n° 38.)

ce qui touche au contrat (§ 1). Or, plutôt que de reposer sur une base scientifique, cette conclusion n'a, comme support, qu'une idéologie libérale qui veut entraver toute intervention de la loi dans l'aménagement du contenu du contrat (§ 2).

§ 1. — L'affirmation du principe de l'application de la loi ancienne aux effets en cours des contrats déjà passés.

488. — Toutes les lois relatives aux contrats — non seulement à leur formation et à leurs conditions de validité, mais aussi à leurs effets — ne s'appliquent pas aux contrats en cours sans être rétroactives, affirme la doctrine du droit transitoire.

Pour la doctrine subjective, le contrat constitue un droit acquis : en modifiant sa réglementation par la suite, on remettrait en cause la force du titre d'acquisition (62). Mais cette doctrine n'arrive pas à justifier les raisons qui excluent l'application de la loi ancienne du domaine du contrat. Pourquoi les droits de créance résultant d'un contrat seraient-ils davantage des droits acquis que les autres droits : propriété, usufruit, etc. (63) ?

En effet, cette doctrine devait logiquement aboutir à la protection de presque toutes les situations juridiques, de celles, tout au moins, qui sont protégées par une action ou une exception. Au fond, c'est la consécration, non pas de la règle de la non-rétroactivité de la loi nouvelle, mais de celle de la survie de la loi ancienne dans les situations en cours. C'est par une véritable anomalie que cette doctrine applique la règle de l'effet immédiat de la loi nouvelle aux droits autres que ceux des créances (64).

489. — Il est évident que le problème n'est pas là. La règle du conflit n'a pas pour fonction d'organiser la défense des droits subjectifs. Certes, l'action de la loi sur le passé risque de susciter chez les individus un sentiment de frustration ; « mais la proposition est générale et l'atteinte des valeurs sociales traditionnelles soulève des questions qui n'ont pas qu'une incidence discrète et variable sur le problème transitoire (65) ». La fonction de la règle du conflit est de ménager les transitions nécessaires, sans porter un jugement de valeur sur le contenu de la loi nouvelle en regard de la loi ancienne. La théorie des droits acquis est, en effet, un reflet de l'individualisme du siècle dernier. « Dans la mesure où elle identifie le respect des droits acquis avec la défense des droits subjectifs, elle quitte le plan du conflit transitoire et est, dès à présent, inutilisable dans la recherche de la règle du conflit (66). »

(62) SAVIGNY, cité par ROUBIER, *op. cit.*, n° 23.
(63) P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 30 ; P. LEVEL, *op. cit.*, n° 120.
(64) P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 69.
(65) P. LEVEL, *op. cit.*, n° 30.
(66) *Ibid.*

490. — Dans la doctrine moderne, la loi nouvelle est appelée à régir les situations juridiques en cours pour tous les effets à venir, l'effet immédiat de la loi nouvelle est érigé en principe général. S'agit-il donc, en matière contractuelle, d'une exception en vertu de laquelle les lois concernant les effets des situations juridiques seront réglés par les lois anciennes, c'est-à-dire par le système de la survie de la loi ancienne ? S'agit-il, au contraire, d'une application du principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle ? Roubier relève qu'il s'agit d'une véritable exception au principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle. Pour lui, ce dernier principe a pour fondement « l'unité de la législation » qui gouverne les situations juridiques de même nature dans un même pays (67) ». Or, les contrats constituent en effet le domaine dans lequel se manifeste la liberté d'action des particuliers ; c'est le moyen par lequel la diversité pénètre dans le monde juridique (68). Cela rend l'effet immédiat des lois nouvelles, lorsqu'il s'agit d'un contrat en cours, sans aucun sens, l'unité juridique étant impossible à établir en pareille matière.

491. — Cependant, on ne peut parfois s'empêcher d'avoir l'impression que, dans l'esprit du même auteur, il s'agit d'une simple application du principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle. On sent encore que l'origine de cette application de la non-rétroactivité se trouve dans ce que l'auteur ne peut voir dans toutes les lois concernant le contrat que des lois qui réglementent celui-ci, c'est-à-dire ses conditions d'existence, et qui entraînent sa nullité. On ne saurait, dans le domaine du droit contractuel, distinguer entre les lois concernant la création et celles réglementant les effets. A propos des lois modifiant le taux d'intérêt conventionnel, le juriste défend l'application de la loi ancienne par le motif que la question soulevée « *ne concerne pas seulement les effets des contrats, mais encore — puisqu'il s'agit d'une clause expressément stipulée par les parties — les conditions de validité du contrat.* Si la clause prévoyant un intérêt... était valable au jour où elle avait été stipulée, elle ne peut devenir nulle part l'effet d'une loi postérieure sans que cette loi soit rétroactive (69) ». Si de telles lois devaient s'appliquer aux contrats en cours, à partir de leur promulgation, il ne peut s'agir que d'une sorte de rétroactivité tempérée.

Par contre, pour le même auteur, *les lois nouvelles qui modifient le taux de l'intérêt moratoire* doivent également s'appliquer dès leur entrée en vigueur même aux créances antérieures, pour tous les intérêts qui couraient à partir de l'entrée en vigueur de cette loi, mais cette fois en vertu de l'effet immédiat de la loi nouvelle. Or, quelle est la différence entre cette hypothèse et la précédente ?

(67) ROUBIER, *op. cit.*, n°s 345 et s.
(68) *Ibid.* Voir aussi n° 77, pp. 282 et s., et n° 78, pp. 385-393.
(69) P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 75, p. 364. Cf. aussi n° 77, p. 384 du même ouvrage, en ce qui concerne les causes futures de la résiliation des contrats en cours.

Toujours selon M. Roubier, l'effet rétroactif atténué et l'effet immédiat de la loi nouvelle sont identiques : maintien des effets passés du contrat. Mais l'effet rétroactif met en doute l'existence de la situation, contrairement à l'effet immédiat. Or, quelle est la portée de la distinction ? M. Level (70) répond : « L'inexistence juridique de la situation ancienne est reconnue par l'effet rétroactif, mais sans autres conséquences que celles qui découlent de l'effet immédiat qui, lui, ne pose pas la question de cette inexistence. » Mais quelle est donc l'utilité de la notion de rétroactivité tempérée, qui n'est plus, alors, qu'une rétroactivité sans sanction ?

§ 2. — La contestation de l'application de la loi ancienne aux effets en cours des contrats déjà passés.

492. — En effet, qu'on se place sur le plan des droits acquis ou sur celui des faits accomplis, la survie de la loi ancienne, pour régir les effets en cours des contrats déjà créés vient de ce que, « dans le domaine du contrat, la distinction entre les modes de création du droit et son contenu devient extrêmement ténue et n'est utilisable qu'en quelque sorte négativement, c'est-à-dire dans la mesure où, étant difficile à réaliser, elle met l'action sur le lien très étroit qui unit le droit personnel au contrat qui l'a engendré, et justifie, en dépit de l'effet immédiat de la loi, l'application d'une même loi, même abrogée, aux effets du contrat, la loi de sa formation (71) ». Le contenu du contrat est donc un élément de sa constitution. Un contrat constitue un « bloc de clauses indivisibles » qu'on ne peut apprécier qu'à la lumière de la législation sous laquelle il a été passé.

En plus, le principe de la survie de la loi ancienne découle de la conception classique sur le domaine du contrat et de la loi (72). Dans cette conception, le rôle de la loi n'est que la détermination des conditions d'existence du contrat. Quant aux effets du contrat, à son économie, ils sont l'œuvre exclusive des parties : il n'y a pas de lois contractuelles qui ne touchent pas à la création du contrat. Ainsi, Roubier écrit que « le principe d'après lequel les lois nouvelles n'ont pas d'effet sur les contrats en cours est un auxiliaire puissant de l'autonomie de la volonté privée... dans la mesure où la liberté des contrats est admise, il est bien naturel qu'au point de vue de la technique juridique cette liberté aboutisse à mettre les contrats hors des atteintes du législateur, sinon l'autonomie des volontés privées ne serait qu'un leurre (73). Quand on parle de contrat, on a trop tendance à penser aux stipulations précises incluses expres-

(70) *Op. cit.*, p. 171.
(71) F. Level, *op. cit.*, n° 121, p. 214.
(72) Voir *supra*, n°s 341 et s.
(73) P. Roubier, *op. cit.*, n° 79, p. 398.

sément par les parties et non aux règles d'origine directement légale, qui non seulement servent de cadre aux volontés précises des particuliers, mais fournissent la plupart des règles gouvernant la convention (74) ».

493. — Nous avons vu que les lois qui réglementent la création du contrat se limitent aux lois qui déterminent ses éléments constitutifs. Quant à toutes les lois qui aménagent le contenu contractuel, elles concernent bel et bien les effets du contrat. Elles sont bien distinctes quant à leur but ou à leur objet, qu'il s'agisse de l'économie et du droit libéral, ou de l'économie et du droit dirigé, la différence dans le but et l'objet entraîne une différence fondamentale dans la sanction : alors que les premiers ont pour sanction la nullité du contrat, la violation des seconds n'entraîne que l'adaptation (75).

La mise en évidence de la nature propre des règles de l'économie du contrat, la différenciation de leur sanction de celle des règles de la formation ne laissent plus place à la confusion entre la création des situations contractuelles et les effets de ces situations. Ainsi, cette séparation doit tout naturellement entraîner l'application du principe de l'effet immédiat aux effets en cours des situations juridiques : tous les effets qui ne sont pas encore produits doivent être régis par la loi nouvelle. Ce ne sont que les effets déjà réalisés ou actualisés qui échappent à l'emprise de cette loi. Les effets du contrat, comme sa constitution, seront donc régis par les mêmes principes : non-rétroactivité, mais application immédiate de la loi nouvelle. Et ainsi, les situations contractuelles seront toutes comme les situations légales : il n'y aurait pas lieu, pour que le principe de l'effet immédiat cède la place exceptionnellement à un autre principe, celui de la survie de la loi ancienne en ce qui concerne les effets des situations contractuelles déjà créées.

Faut-il rappeler une observation pertinente de M. le professeur Carbonnier ? « ... Il faudrait faire intervenir de façon plus large l'idée de possession dans le mécanisme des conflits de lois dans le temps. Nous dirions alors, non pas... que la loi nouvelle est rétroactive quand elle vient atteindre un droit subjectif, un droit acquis, mais qu'elle est rétroactive quand elle porte atteinte à une possession, à un rôle effectivement joué par l'individu (76). »

494. — Dira-t-on encore, en dépit de cette séparation entre les lois qui régissent la formation du contrat et les lois qui réglementent

(74) P. Level, *op. cit.*, n° 120, p. 210.

(75) Voir *supra*, n°s 355 et s.

(76) *Cours de sociologie juridique, Théorie sociologique des sources du droit*, 1960-1961, p. 126. D'ailleurs, M. Carbonnier, dans le même temps (pp. 132 et s.), observe un phénomène d'inefficacité à propos du principe de la survie de la loi ancienne. « La pression sociale qui a fait apparaître la loi nouvelle s'exerce contre la survie de la loi ancienne. Les normes dogmatiques de conflit ont beau garantir une survie à la loi ancienne, celle-ci se trouve battue en brèche par tout le flot du droit nouveau. » Exemple : Civ., 22-4-1929, D.H. 1929.281. Voir *infra*, n°s 497 et s.

ses effets, que le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle ne saurait être valable pour le contrat qui constitue le domaine dans lequel se manifeste la liberté d'action des particuliers, leur diversité et leur différenciation ? Il suffit de penser jusqu'à quel point est allée la réglementation légale de la plupart des contrats : contrat de travail, contrat d'assurance, contrat de bail et même la vente, etc., pour juger de cette liberté d'action. Dans la plupart des cas, le contenu des droits de créance contractuels est devenu moins individualisé et moins concret que le contenu des droits réels (77) : « La direction économique postule l'universalité (78). »

L'application de la loi ancienne, par exception au principe de l'effet immédiat, n'est donc justifiée en tout cas que pour les situations juridiques dont la détermination du contenu est laissée aux particuliers. Chaque fois qu'elles sont déterminées par la loi, l'argument ne saurait les faire échapper à l'effet immédiat de la loi nouvelle. « Lorsque les parties font un contrat, elles prennent en considération la législation qui existe au moment de sa confection ; c'est en fonction de cette législation qu'elles réalisent l'équilibre de leurs conventions (79) ». Cela laisse penser tout au plus que les seules règles supplétives de volonté (à condition qu'elles ne changent pas de caractère dans la loi nouvelle) sont susceptibles de continuer à s'appliquer après la promulgation de la loi nouvelle : « Le sens d'une loi facultative est, dit M. Carbonnier, d'être toujours ouverte, à la disposition des individus, alors même que les individus n'en voudraient pas profiter (80) (81). »

(77) P. Level, *op. cit.*, n° 121, pp. 114 et s.
(78) Carbonnier, *Droit civil*, T. 2, p. 391.
(79) Marty et Raynaud, *op. cit.*, T. 1, n° 108, p. 182.
(80) Carbonnier, *Cours*, précité, p. 140.

D'ailleurs, Roubier lui-même n'hésite pas à revenir au principe de l'effet immédiat toutes les fois « où ce n'est pas l'initiative privée qui joue le rôle principal » et il applique cette exception à la règle de la survie de la loi ancienne, aux contrats administratifs, au droit du travail et toutes les fois que le contrat a pour effet l'adhésion à un statut légal (*op. cit.*, n°s 79 et 84). En tout cas, on trouve dans la doctrine moderne une certaine réticence dans l'application de la loi ancienne aux contrats en cours. Ainsi, Ripert et Boulanger conseillent-ils de n'accepter le principe qu'avec prudence, encore qu'il soit conforme à la tradition (*op. cit.*, T. 1, p. 140, n°s 311 et s.).

(81) M. Level, qui suit dans la solution du problème du conflit des lois une autre approche intellectuelle, analogue à celle suivie dans les conflits des lois dans l'espace, constate qu'avec la décadence du principe de l'autonomie de la volonté « la règle de conflit dans l'espace perdait le déséquilibre qu'elle présentait par l'existence à côté d'une règle de localisation valable pour les personnes et pour les biens, d'une règle de détermination de la loi par les parties, au nom d'une autonomie de la volonté ». Or, « l'idée d'une localisation des rapports de droit... a permis de reconstruire un système parfaitement équilibré » (n° 123, pp. 218 et s.). Suivant le même processus en droit transitoire, l'auteur substitue à la localisation dans le temps des effets contractuels au nom de l'autonomie de la volonté une localisation au nom des intérêts que met en rapport la situation contractuelle : intérêt de l'Etat, intérêt des tiers à la situation, et intérêt des parties. Mais pour lui, si l'intérêt des tiers peut quelquefois justifier l'application de la loi nouvelle, « rien ne permet de penser que l'Etat a intérêt à préférer le rattachement à la

Sous-section II

L'ADAPTATION ET L'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'EFFET IMMEDIAT DE LA LOI NOUVELLE AUX EFFETS DU CONTRAT

495. — Il s'agit maintenant de vérifier ces principes par une étude des solutions du droit positif. Cependant, un exposé complet des solutions du conflit des lois en matière contractuelle déborde le cadre de notre étude. Il faut nous contenter de relever les grands traits de ces solutions, tout en nous référant particulièrement aux solutions admises dans le domaine de l'économie du contrat, objet de notre étude.

A cet égard, nous devons relever que le principe de la survie de la loi ancienne n'a trouvé que peu d'application dans la jurisprudence française à la fin du XIX^e siècle (§ 1). Toutefois, nous devons relever l'adoption par la jurisprudence du principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle, toutes les fois qu'il paraîtrait possible de séparer les effets du contrat et de sa formation. Cette séparation était évidemment plus facile dans le domaine de l'exécution du contrat (§ 2) que dans celui de la détermination de son contenu (§ 3).

§ 1. — Les solutions jurisprudentielles à propos du principe de la survie de la loi ancienne.

496. — On affirme que le droit français se fixe dans le sens que les lois nouvelles sont sans action sur les effets des contrats en cours.

On cite d'abord la jurisprudence qui refusa d'appliquer la loi du 30 septembre 1807 qui fixa un taux maximum d'intérêt conventionnel aux contrats (82). Mais la jurisprudence obéissait en l'espèce

loi de survenance du fait qui lui révèle le contrat ». Quant à l'intérêt des parties, il conduit par contre à préférer le rattachement à la loi ancienne (n° 124, pp. 219 et s.). Le résultat pratique de cette approche est donc à peu près celui de la doctrine de P. Roubier.

Sans envisager la validité de cette approche, nous contestons seulement l'affirmation que l'intérêt de l'Etat (au sens large de l'intérêt de la collectivité) ne milite pas en faveur de l'application de la loi nouvelle. Tout notre travail n'est qu'une illustration de cet intérêt dans les rapports contractuels, qui conduit à adopter l'application de cette loi. M. Carbonnier est allé jusqu'à dire que le développement du principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle depuis 1914 correspond au développement de l'ordre public économique (*Droit civil, op. cit.*, T. 2, p. 390). D'ailleurs, M. Level arrive enfin à réintroduire la loi nouvelle par le biais de la qualification (n^os 134 et s., pp. 243 et s.) et de l'ordre public (n^os 165 et s., pp. 297 et s.), pour la majorité des lois impératives.

(82) Sur cette jurisprudence, voir ROUBIER, *Le droit transitoire, op. cit.*, n° 75, pp. 363 et s.

à la disposition expresse de cette loi où il est exprimé qu'elle est seulement applicable aux contrats futurs.

Or, dit-on, même en l'absence de texte, malgré quelques hésitations au début du XIX^e siècle, la jurisprudence a pris peu à peu position en ce sens ; elle l'a prise le plus nettement avec plusieurs arrêts de la Cour de cassation, rendus au milieu du siècle dernier et au début de ce siècle. Cependant, en ce qui concerne les arrêts du milieu du XIX^e siècle (83), s'il y avait une application de la loi ancienne, les lois nouvelles ne concernaient pas les effets des contrats, mais leur conclusion, leur création. Le problème était le suivant : des dispositions réglementaires plaçaient les boulangers et les bouchers sous l'autorité des syndicats ; mais de nouvelles dispositions vinrent rendre la liberté du commerce et faire cesser les pouvoirs des syndicats. Il s'agissait de savoir si de telles dispositions avaient rendu nulles les conventions passées entre les syndicats au nom de leurs adhérents et les particuliers, avant leur entrée en vigueur. La Cour de cassation décida que « si cette abrogation a fait cesser les pouvoirs des syndicats, les actes consentis par eux, antérieurement à leur révocation, demeurent valables et obligatoires à moins que l'exécution n'en soit devenue impossible ». Le problème posé n'était donc pas celui des effets des contrats antérieurement passés, mais celui de leur création ; or, cette création a été régulièrement effectuée sous l'empire de la loi ancienne. La loi nouvelle ne peut revenir sur cette création sans être rétroactive.

Quant à l'arrêt du 7-6-1901 (84), il est vrai qu'il proclame expressément que « les effets d'un contrat sont régis, en principe, par la loi en vigueur à l'époque où il a été passé, que notamment les causes de nullité ou de résolution dérivant d'une loi nouvelle ne touchent pas aux droits contractuels légalement acquis sous l'empire de la loi ancienne ». Cependant, il s'agissait en l'espèce d'un contrat conclu entre une communauté religieuse et une commune, en vertu duquel la commune était obligée de verser une subvention à la communauté en échange de services rendus par cette dernière à la commune. Une loi est venue interdire à la commune d'accorder une telle subvention. Quel est l'effet de la loi nouvelle sur ce contrat antérieurement conclu ?

Comme le remarque l'annotateur de l'arrêt, il y a deux choses à distinguer : d'une part, la commune reste-t-elle tenue de verser la subvention ? D'autre part, le contrat lui-même reste-t-il obligatoire pour la communauté ?

La Cour admet implicitement que la commune cesse de fournir la subvention. N'est-ce pas parce que la loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets du contrat en cours ?

(83) Civ., 27-5-1861, S. 1861.1.507 ; Req., 24-7-1866, S. 1866.1.327 ; Civ., 10-7-1867, S. 1867.1.287. Cf. Cass., 29-3-1876, D. 1876.1.493.

(84) S. 1902.1.513 et note Wahl.

Quant au contrat lui-même, la Cour déclare qu'il ne saurait être déclaré résolu, pour l'unique motif que la subvention aurait cessé d'être licite. Ceci s'explique parce que la loi nouvelle ne peut revenir sur les conditions d'existence d'un contrat conclu sous l'empire de la loi ancienne sans être rétroactive. Toujours selon l'arrêt, il appartient tout simplement à la communauté de demander contre la commune la résiliation en raison de l'inexécution qui lui est désormais imposée par la loi, si l'application de l'article 1184 du Code civil français se trouve justifiée.

497. — En effet, la première manifestation de l'application de la loi ancienne sur les effets du contrat en cours se trouve, à notre connaissance, dans l'arrêt du 20-6-1888 (85). Dans cet arrêt, la Cour refuse d'appliquer, au point de vue civil, la loi qui a supprimé le délit d'usure sur les contrats conclus avant son entrée en vigueur. De même, dans son arrêt du 26-4-1892 (86), la Cour a refusé d'appliquer aux baux antérieurs la loi du 5-1-1883, qui substituait à la responsabilité solidaire des locataires, en cas d'incendie de l'immeuble loué, une responsabilité simplement conjointe, pour le motif que la loi susvisée n'édicte pas un principe d'ordre public dont l'application s'imposerait sans retard et sans obstacle à partir de cette date. Et, dans son arrêt du 30-11-1920 (87), la même Cour a jugé que lorsqu'un marché passé antérieurement au décret du 16-1-1917, qui fixait le prix maximum de l'orge, n'était pas encore exécuté à la date de la promulgation du décret, les dispositions fixant ce prix maximum, et qui ne visaient que les ventes postérieures à sa promulgation, n'avaient pu porter atteinte au droit acquis du vendeur de livrer l'orge et d'en toucher le prix fixé par la convention, bien que ce prix fût supérieur à celui de la taxe.

§ 2. — L'effet immédiat et la non-rétroactivité. à l'égard des lois concernant l'exécution du contrat.

698. — C'est à propos de deux matières importantes que la jurisprudence a pu appliquer, sans hésitation, le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle : les causes de résolution du contrat (A) et la monnaie de paiement (B).

A. — Les causes de resolution.

599. — On dit que les causes de résolution ou de résiliation des contrats doivent être déterminées par la loi en vigueur au jour de la passation du contrat parce que c'est sous la foi de cette loi que

(85) S., 1889.1.8, D., 1889.1.26.
(86) S., 1892.1.304, D., 1892.1.548.
(87) S., 1921.1.167.

le contrat a été passé. La Cour de cassation française en a jugé ainsi à propos de l'article 1184 du Code civil (88). Cet article, qui admet la résolution d'un contrat pour inexécution des obligations d'une des parties, n'est pas applicable aux contrats formés sous l'empire d'une loi qui ne connaissait pas cette cause de résolution.

500. — Cependant, la même Cour en vint à décider le contraire à plusieurs reprises.

A propos du contrat de constitution de la rente, l'article 1912, qui autorise un mode de résiliation, et l'article 1978, qui en décide un autre, ont été jugés par la Cour applicables aux contrats en cours (89). Dans la première espèce, la Cour insiste particulièrement sur l'idée qu'il n'y a pas de rétroactivité, lorsque la loi ne s'appliquait que « quand la demeure du débiteur de remplir ses obligations est postérieure à la promulgation du Code ». Dans la deuxième, elle insistait sur le fait qu'il s'agit des « contrats dont les actes d'exécution doivent être successifs et se prolonger pendant un espace de temps quelconque », et que la loi nouvelle peut régir ceux de ces actes d'exécution qui avaient eu lieu sous son empire.

La même solution a été adoptée à propos du contrat de louage de service. La Cour de cassation française (90) admit que la disposition de la loi de 1890 qui interdisait aux parties de renoncer au droit de demander des dommages-intérêts pour résiliation abusive « régit les contrats... en cours sans qu'il y ait lieu de rechercher s'ils ont été conclus ou non postérieurement à la dite loi ». La même position a été adoptée à propos de l'application de la loi du 16-12-1927, qui dispose que le contrat passé entre les compagnies d'assurance et leurs agents, sans détermination de durée, peut, au cas de résiliation par la volonté d'une seule des parties contractantes, donner lieu à des dommages-intérêts, fixés conformément à l'article 1780 du Code civil. Dans son arrêt du 13-11-1935 (91), la Cour de cassation relève que « si les effets du contrat de louage de service à durée indéterminée sont régis en principe par la loi en vigueur au moment où il est conclu, cette loi ne confère point aux parties un droit définitivement acquis à l'application d'une clause que le législateur, pour des raisons d'intérêt social et de protection du travail, a déclaré illicite, et qu'une telle clause doit être considérée à bon droit comme caduque ».

Une solution identique a été adoptée dans les mêmes termes pour l'application de la loi du 19-7-1928 relative au contrat de louage de service à durée indéterminée, qui a modifié l'article 23-3 du livre 1er du Code du travail, pour décider que toute clause d'un contrat indi-

(88) 4-3-1828, S. chr.

(89) Respectivement Cass., 6-7-1812, S., 1.114 et s. ; 18-12-1822, S., 1-173 et s.

(90) Civ., 22-7-1902, S., 1904.1.27 ; S., 1904.1.299.

(91) S., 1936.1.61.

viduel ou d'un règlement d'atelier fixant un délai-congé inférieur à celui qui était établi par les usages est nul de plein droit (92).

La jurisprudence, sans remettre en cause les effets déjà concrétisés des rapports de travail, décida l'application de la loi nouvelle aux situations antérieures.

501. — Dans ces arrêts, la Cour de cassation prend le soin de souligner que les clauses antérieurement stipulées devenaient caduques à partir de la loi nouvelle. Ces clauses ne sont donc pas nulles dans la pensée de la Cour. C'est pour cela qu'il n'y a pas rétroactivité dans l'application de la loi nouvelle vis-à-vis des cas de résiliation postérieurs. Ainsi la Cour, dans son arrêt du 17-7-1930 (93), décide « que si la loi du 19 juillet 1928 a frappé de caducité certaines clauses des contrats de louage de services en cours lors de sa promulgation, le tribunal a fait une exacte application de la règle de non-rétroactivité en décidant qu'elle ne pouvait s'appliquer à un contrat définitivement rompu le 6 juillet 1928 ».

B. — La monnaie de paiement.

502. — De même, le cours forcé a été toujours applicable aux contrats en cours, en ce qu'il a pour résultat l'illicéité de la clause-or. La Cour de cassation française en a jugé ainsi en 1873 (94) à propos de la loi du 12 août 1870 et a déclaré que le débiteur ne peut se refuser à recevoir en paiement un papier de crédit, non seulement pour les contrats postérieurs à sa promulgation, mais encore pour ceux passés avant cette promulgation. La même solution a été affirmée lors du rétablissement du cours forcé en 1914 (95).

De même, il a été admis par la doctrine que l'ordonnance du 17-12-1948 créant « le franc lourd » s'appliquera sans rétroactivité aux obligations libellées en francs anciens, la monnaie n'étant prise ici qu'à titre d'unité.

§ 3. — L'effet immédiat et la non-rétroactivité à l'égard des lois concernant le contenu du contrat.

503. — Nous avons vu que la Cour de cassation française a refusé d'appliquer la loi qui supprimait le délit d'usure sur les contrats passés avant son entrée en vigueur. La même solution a été encore appliquée après le décret-loi du 8 août 1935, qui a restreint au contraire la liberté

(92) Civ., 22-4-1929, D. H., 1929.281, Gaz. Pal., 1929.1.773 ; Civ., 17-7-1930, S., 1931.1.71, Gaz. Pal., 1930.2.502. Cf. les développements de M. Level, *op. cit.*, n° 145.

(93) S., 1930.1.335, Gaz. Pal., 1930.2.502.

(94) Cass., 11-2-1873, S. 1873.1.97.

(95) Cass., 17-5-1927, S. 1927.2.289, Cass. civ., 10-3-1947, Gaz. Pal., 1948.1.240. Cf. Level, *op. cit.*, n° 173.

du taux de l'intérêt conventionnel : les contrats antérieurs n'ont pas été modifiés (96).

On l'a encore vu en matière de taxation (97). Indépendamment de cette solution de principe, il a été jugé par la Cour de cassation française (98) « que si, en principe, en ce qui concerne les produits taxés, une convention ne peut... être conclue que sur la base du cours arrêté par les pouvoirs publics alors en vigueur..., il n'en reste pas moins... qu'en insérant dans un marché unique, bien que son exécution comporte des livraisons successives... la stipulation d'un terme pour l'établissement du prix devant régir définitivement le marché dans son intégrité, les contractants n'ont pas dérogé au caractère obligatoire des taxations ». La décision a été critiquée ; « toute spéculation sur la chute de l'ordre public, même temporaire, doit être interdite, au nom de l'ordre public permament (99) ». Mais s'agit-il en l'espèce d'une vraie spéculation sur la chute de l'ordre public ? Les contractants n'avaient pas contrevenu au caractère d'ordre public des taxations, puisqu'ils avaient convenu d'appliquer à des vins de la récolte 1942 le tarif qui serait fixé pour ladite récolte par l'arrêté de taxation à intervenir (arrêté qui n'a été promulgué que le 12-3-1943) (100). « Le prix limite annuel avait donc vocation naturelle à saisir la production de l'année... sans s'arrêter à la date des opérations juridiques qui avaient pu déjà se dérouler. »

La Cour de cassation (101) a même admis que le caractère d'ordre public d'une taxation de prix, édictée pendant le transport de la marchandise par mer, ne porte pas atteinte au droit acquis par le vendeur de percevoir le prix convenu et qui était licite au jour de l'embarquement des marchandises.

De telles décisions sont déjà critiquables dans la mesure où il s'agit de lois qui poursuivent une certaine politique de crédit ou de prix.

504. — Par ailleurs, s'agit-il vraiment du principe de la survie de la loi ancienne ? Dans les décisions qui concernent le taux de l'intérêt conventionnel, on relève toujours la formule : « En l'absence d'une disposition spéciale lui attachant un effet rétroactif, la loi... gouverne les seuls contrats à venir. » En ce qui concerne la taxation, lorsque la Cour de cassation (102) déclarait que les causes de nullité ou de résolution dérivant d'une loi nouvelle ne peuvent affecter les droits contrac-

(96) Civ., 9-12-1942, Gaz. Pal., 27-2-1942 ; 23 avril 1947, J.C.P., 1947.2.3722, D., 1947.295.

(97) *Supra*, n° 597.

(98) Civ., 28-2-1950, J.C.P., II.5599, note Becqué ; Carbonnier, R.T.D.C., 1950. 369 ; Hémard, R.T.D. Com. 1950.459.

(99) Carbonnier, R.T.D.C., 1950, p. 369.

(100) Becqué, note précitée. Cf. les développements intéressants de M. LEVEL sur cet arrêt, *op. cit.*, n° 126.

(101) Com., 6-12-1948, Gaz. Pal., 1.93.

(102) Req., 30-11-1920, précité.

tuels légalement acquis sous l'empire de la loi ancienne, il s'agissait d'une proposition qui ne dépasse pas la portée de la règle de non-rétroactivité selon l'article 2 du Code civil français (103).

Il semble donc que le problème d'une survie de la loi ancienne ne se soit pas même posé, et que les arrêts aient considéré que le principe de non-rétroactivité des lois imposait le respect des droits contractuels, légalement acquis sous l'empire de la loi ancienne, selon la formule de l'arrêt précité de la Chambre des requêtes du 30 novembre 1920 (104).

Il est donc évident que dans la jurisprudence il ne s'agit pas de faire une exception au principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle, au profit du principe de la survie de la loi ancienne en matière des effets du contrat, comme le prétend la doctrine. Il s'agit d'appliquer les principes généraux de conflit de lois dans le temps : non-rétroactivité et effet immédiat de la loi nouvelle. Et si on compare les cas concernant l'exécution du contrat, où la jurisprudence a appliqué la loi nouvelle, avec les cas touchant son contenu, où elle applique la loi ancienne, on s'aperçoit que sa position dans ces derniers vient de ce qu'il est impossible de distinguer le contenu du contrat de sa formation. « La situation du contractant, du locataire par exemple, comprend des actualisations, telles que l'obligation de garnir les lieux loués, de régler le prix du loyer, de jouir de la chose en bon père de famille, ou conformément à sa destination, mais également des possibles, tels que demander la résolution, sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, ou des dommages-intérêts pour trouble de jouissance, tel de se voir imposer une charge fiscale pour insuffisance d'occupation des lieux loués, ou de se voir opposer l'exercice de droit de reprise par le bailleur (105). » La jurisprudence semble s'inspirer d'une telle distinction. La loi qui doit s'appliquer est la loi du temps de l'actualisation. Nous admettons la base de la distinction. Seulement, nous nous demandons si l'actualisation, dans le premier groupe, se fait en dehors de la catégorie temps. Dans cette catégorie, l'actualisation commence, à notre avis, avec la conclusion du contrat, mais elle se fait progressivement à mesure qu'on avance dans le temps. Les parties qui ne se trouvent actualisées que sous l'empire de la loi nouvelle, doivent être régies par cette loi. D'ailleurs, la solution va d'elle-même parallèlement à la position (antérieure) de la jurisprudence en ce qui concerne la sanction des règles de l'économie du contrat ; dans la mesure où la jurisprudence posait, comme principe de la sanction de ces règles, la nullité du contrat et non l'adaptation, il est logique d'appliquer la loi ancienne sur cette nullité. Faut-il espérer un revirement de la jurisprudence française en la matière avec l'application de la loi nouvelle qui correspond à son revirement sur le système de la sanction ?

(103) P. Roubier, *op. cit.*, n° 77, p. 381.
(104) P. Level, *op. cit.*, n° 100, p. 179.
(105) Roubier, *op. cit.*, n° 77, p. 381.

505. — C'est ainsi que la Cour de cassation égyptienne a très bien compris le problème à propos de taux de l'intérêt conventionnel. Dans son arrêt du 21-5-1953 (106), elle a décidé que le taux maximum d'intérêt conventionnel est d'ordre public et, à ce titre, le taux réduit prévu par le Code civil s'applique à partir de son entrée en vigueur, c'est-à-dire à partir du 15-10-1949, même sur les conventions antérieures à cette date. Egalement, le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle a été adopté par la jurisprudence égyptienne en ce qui concerne l'application des lois concernant l'indemnité d'ancienneté (107).

La même solution doit être adoptée, selon la majorité des auteurs égyptiens, pour l'application de l'article 147/2 du Code civil égyptien qui, pour la première fois, en droit égyptien, a consacré la révision du contrat en cas de survenance d'événements imprévisibles (108).

506. — Par ailleurs, le législateur prévoit, la plupart du temps, l'application immédiate de la loi aux contrats en cours. Ainsi, la réglementation du contrat de travail (109) et des baux requiert presque toujours une application immédiate.

(106) Recueil des règles juridiques établies par C.C.E., T. 1, p. 266, n° 51. Cf. Cass. 16-2-1956 (cité par H. KIRAH, *Principes...*, *op. cit.*, p. 465, note 2).

(107) Cf. les arrêts cités par H. KIRAH, *Principes...*, *op. cit.*, p. 501, note 1.

(108) ALSANHOURI, *Alwassit, Les sources de l'obligation*, *op. cit.*, n° 423 ; H. KIRAH, *Principes...*, *op. cit.*, pp. 492 et s.

Contre, S. MORCOS, *op. cit.*, n° 279. M. A. HEGAZI (*op. cit.*, n° 375), distingue entre les cas où l'événement est survenu avant la promulgation du Code civil ou après cette promulgation.

(109) CAMERLYNCK, *loc. cit.*, p. 90.

CHAPITRE II

L'organisation pratique de l'adaptation.

507. — L'étude de la sanction n'est pas épuisée lorsqu'on a précisé sa substance. Il faut encore délimiter les modalités de son application. De même que la nullité, « l'adaptation » a ses modalités particulières qui découlent de sa nature, de ses effets et de son fonctionnement.

Avec le régime de l'adaptation du contrat vicié à la règle légale violée, tout l'intérêt en ce qui concerne le régime de la sanction se trouve déplacé. Dans le régime de la nullité, le problème essentiel est celui de la détermination de ceux qui peuvent agir en nullité et de l'extinction de l'action par la confirmation du contrat nul : le résultat de la nullité ne peut être toujours et dans tous les cas que l'inefficacité du contrat.

Dans le régime de l'adaptation, le problème ne se pose pas de la même manière. L'essentiel n'est plus tant de déterminer ceux qui peuvent dénoncer l'illicite que d'organiser les effets de l'action en dénonciation de cet illicite. Il ne s'agit pas de la destruction de l'apparence que constitue le contrat illicite, mais de « l'actualisation » de la règle légale dispositive en droits et obligations au profit ou à l'encontre de l'un ou de l'autre des contractants (Section I).

Une fois admis que la règle légale ne confère pas une faculté d'invoquer « l'inexistence » du contrat, mais de droits et obligations au sens technique du mot, la question de la confirmation cède la place à deux autres problèmes : la disparition de l'illicite par le respect ultérieur de la règle légale qui avait été violée, et la renonciation. Ce sont ces deux modalités que peuvent soulever l'exercice de l'adaptation (Section II).

Section I : *Les effets de l'adaptation.*

Section II : *L'exercice de l'adaptation.*

Section I

LES EFFETS DE L'ADAPTATION

508. — Ce que confère l'exécution directe de la règle légale violée aux intéressés, c'est moins une faculté de critique contre le contrat illicite qu'une délimitation des droits et obligations contractuels par la règle juridique. Y a-t-il conflit entre l'exécution directe de la règle légale et le contrat ? Les droits et obligations issus de la règle peuvent-ils être intégrés au contrat (Sous-Section I), et quelles sont les conséquences pratiques de cette intégration ? (Sous-section II).

Sous-section I : *Le caractère contractuel des droits et obligations adaptés.*

Sous-section II : *L'application du régime du contrat aux droits et obligations adaptés.*

Sous-section I

LE CARACTERE CONTRACTUEL DES DROITS ET OBLIGATIONS ADAPTES

509. — Ici, on se trouve de nouveau devant les difficultés de la doctrine qui fait une identification complète entre le contrat nul et le contrat illicite, et devant celle qui fait la même identification entre le contrat et la volonté. Celle-ci, comme celle-là, se trouve obligée de chercher l'explication de l'aménagement légal du contenu contractuel dans une notion auxiliaire, celle de la novation nécessaire (§ 1). Or, la prise de conscience de la nature exacte du contrat et du problème de la sanction exclut tout besoin à une telle notion (§ 2).

§ 1. — La notion de novation nécessaire.

510. — Le problème s'est posé à la doctrine qui ne voit comme sanction du contrat illicite que la nullité, à l'égard des cas où la jurisprudence française et le Code civil égyptien ont admis la possibilité de maintenir le contrat en réduisant les obligations de l'un des contractants. On a vu que les tribunaux français, au cas où l'un des contractants se trouvait, par cas fortuit, dans la nécessité de contracter, tout en maintenant le contrat conclu, se reconnaissait le droit de réduire la rémunération consentie. Plus explicite est le Code civil égyptien : l'article 149, concernant les contrats d'adhésion, l'article 750, concernant le contrat d'assurance, et l'article 227 concernant le taux

d'intérêt, prévoient tout simplement la suppression de la clause illicite ou la réduction du taux d'intérêt.

511. — La réduction des obligations, qui suppose la validité du contrat, est évidemment contradictoire avec l'idée que tout vice du contrat, tout désaccord entre lui et la loi, le rend inexistant. Pour expliquer cette contradiction, on commence par signaler l'antinomie qui existe entre la réduction et le principe de l'autonomie de la volonté qui est, dit-on, la base du droit. Réduire les obligations d'une partie au contrat tout en maintenant les obligations de l'autre, est une imposition des effets que les contractants n'ont pas envisagée. C'est mettre au pouvoir de la volonté des restrictions supérieures à celles résultant de la nullité (1).

A partir de ce postulat, on procède à une analyse complexe de l'opération. Au lieu de l'analyser dans sa vision simple comme une suppression d'une partie des obligations que fait naître le contrat, on imagine que le contrat est nul même dans les cas d'infraction à une règle juridique impérative ; seulement, la loi ne se contente pas de cette nullité ; elle substitue à des obligations nulles d'autres correspondantes, dans la limite de la règle juridique, soit qu'elle détermine elle-même le montant de ces obligations, soit qu'elle laisse sa détermination au juge (2).

512. — M. Tanagho (3) a fait une analyse intéressante de cette notion de substitution des obligations qui la met en forme technique. Il en voit une sorte de novation nécessaire par changement de la source de l'obligation. Pour lui, la source de la nouvelle obligation est le jugement ou la loi.

513. — On sait que « la novation est l'extinction d'une obligation par la création d'une obligation nouvelle qui prend la place de l'ancienne (4) ». « Une étroite solidarité réunit les deux effets, de sorte que rien n'est fait si l'un des deux est manqué pour une raison quelconque (5). » Il s'ensuit qu'une obligation nulle ne pourrait servir de cause à une obligation nouvelle. Cela est vrai, du moins si la nullité est absolue. Mais « si la nullité était simplement relative, la novation pourrait être efficace, à supposer que le motif de la nullité ait disparu à ce moment, car l'acte devrait être interprété comme une confirmation de l'obligation annulable (6) ». Ainsi, M. Tanagho n'hésite pas à limiter la portée de la novation aux cas de la nullité relative, en excluant les cas de nullité absolue. Mais, pour arriver à ce résultat, il lui a fallu admettre qu' « en optant pour la révision du contrat, au lieu de son annulation, le juge ratifie celui-ci

(1) Gamil Elcharkaoui, *op. cit.*, n° 30.
(2) *Ibid.*
(3) Thèse précitée.
(4) Carbonnier, *Droit civil*, *op. cit.*, T. 2, n° 218.
(5) Ripert et Boulanger, *op. cit.*, T. 2, n° 1768.
(6) Carbonnier, *Droit civil*, *op. cit.*, T. 2, n° 218.

avant d'en faire sortir une nouvelle obligation (7) ». Pour lui, « la confirmation... sera... nécessaire, indépendamment de la volonté (de celui qui a le droit d'agir) sinon adressée contre elle... l'idée d'une confirmation nécessaire doit faire partie de la théorie générale de la confirmation (8) ».

514. — C'est, nous semble-t-il, un abus de la technique de la confirmation que d'admettre une confirmation nécessaire et adressée contre la volonté. Qu'elle éteigne l'action en nullité selon la doctrine classique, ou le droit de critique selon la doctrine de Japiot (9), la confirmation est, par essence, un mode d'extinction volontaire. Plus précisément, elle est une renonciation qui ne se conçoit pas en dehors de la volonté du titulaire de l'action ou du droit de critique.

Dans la novation volontaire du contrat nul d'une nullité relative, la confirmation émane de celui qui a l'autorité de confirmer. Par contre, dans ladite novation nécessaire, la confirmation présumée émane du juge qui n'a pas, par la nature des choses, une telle autorité. Si la notion de novation nécessaire paraît donc admissible dans les cas où on admet sans contestation la validité du contrat, comme dans celui de l'imprévision, elle paraît, par contre, heurter la logique de la nullité dans tous les cas où le contrat est nul sans distinction entre le contrat dit nul d'une nullité absolue et le contrat annulable. C'est une fiction contraire au sens même de la confirmation, d'admettre la notion de confirmation nécessaire pour faire le pont entre le contrat nul et la novation nécessaire.

Précisément, l'impossibilité de toute novation d'une obligation nulle d'une nullité absolue vient de ce que le contrat entaché d'une nullité absolue est un contrat inexistant : la nullité est l'inexistence même du contrat, nous l'avons dit. Or, la nullité, même relative, est l'inexistence du contrat au même titre que la nullité absolue.

515. — La conclusion est certainement incontestable pour les contrats vraiment inexistants, c'est-à-dire pour les contrats nuls. Or, le contrat entaché d'un vice dans son économie n'est pas un contrat nul ; il est bel et bien valable et fait naître les obligations visées par les parties. Tout simplement, ces obligations prennent la portée que leur assigne le législateur. Elles sont, par là même, susceptibles de novation sans besoin d'une confirmation quelconque. On peut concevoir pour elles la novation nécessaire au même titre que la novation volontaire sans avoir besoin de recourir à la notion de confirmation nécessaire.

(7) S. Tanacho, Thèse précitée, n° 79.
(8) *Ibid.*
(9) Cf. R. Japiot, *op. cit.*, pp. 714 et s.

§ 2. — L'affirmation du caractère contractuel des droits et obligations adaptés.

516. — On peut même douter de la nécessité de cette novation nécessaire faite par le juge ou par la loi.

Le juge applique les lois supplétives, les usages, et s'inspire de l'équité et de la bonne foi sans qu'on ressente le besoin d'interpréter cette application par la notion de novation nécessaire. M. Tanagho lui-même ne recourt pas à la novation nécessaire pour expliquer « le complément du contrat » par le juge pour la bonne raison que « le complément, comme le révèle son nom, concerne les suites et non pas l'objet principal du contrat » et que même s'il ne repose pas sur la volonté commune des parties « il n'en est pas moins vrai que le complément ne saurait s'adresser contre le contrat ». Même si le juge pouvait créer une nouvelle obligation, « puisq'(il) considère dans son œuvre la nature du contrat, l'obligation judiciaire ainsi créée ne cesserait pas de se répéter dans d'autres jugements et se transformerait souvent en une obligation jurisprudentielle ». Mais cette obligation ne se substituera pas aux obligations contractuelles. Au contraire, elle s'ajoutera à elles successivement (10).

Il est intéressant aussi de relever que la jurisprudence ne considère pas comme une novation *la simple réduction de l'obligation* (11), et M. Tanagho semble exclure encore la novation nécessaire pour la même raison : « la réduction repose sur l'intention réelle des parties (12) ».

517. — Il semble donc que la nécessité de recourir à la technique de la novation dépende d'une part de la différence entre les lois impératives et les lois supplétives (*a*) et, d'autre part, de la distinction entre le changement de « l'objet principal » de l'obligation et « des suites » de celle-ci, ou plus généralement entre « les éléments de la structure du contrat » et « la simple clause du contrat » (*b*). La novation n'est nécessaire, pour expliquer l'adaptation du contrat, que lorsqu'il s'agit d'une règle impérative ou du changement d'un élément de la structure du contrat.

518. — *a*) Nous avons vu que, dans le domaine de l'économie du contrat, les lois qu'on dit supplétives, comme les lois qu'on dénomme impératives, sont des lois dispositives. Elles sont moins des présomptions de volonté que l'expression de la justice et des nécessités économiques et sociales (13). « La notion de loi interprétative n'est-elle pas contradictoire ?... », se demande M. Kayser (14). En effet, la

(10) S. Tanagho, Thèse précitée, n° 60.
(11) Req., 21-2-1925, S., 1926.1.99.
(12) Thèse précitée, n° 61.
(13) *Supra*, n°s 457 et s.
(14) *Loc. cit.*

distinction elle-même et la différence dans la technique d'adaptation qu'on veut tirer d'elle, reposent sur une conception individualiste du contrat qui n'est plus celle de notre temps. Le critère de l'acte juridique n'est plus, aujourd'hui, dans le pouvoir créateur de la volonté individuelle comme il l'était jadis, mais tout simplement dans la nécessité de la volonté pour la création des effets juridiques, même si ces effets sont réglés par des règles juridiques dispositives (15). On peut donc dire que les obligations délimitées par la loi ne trouvent pas moins leurs sources dans le contrat sans qu'il soit besoin d'une novation nécessaire.

519. — *b*) Ce point de vue se confirme lorsqu'on examine la distinction entre le changement d'un élément du contrat — normalement l'objet — et la suppression d'une simple clause.

Le problème peut être illustré, dans le domaine de l'économie du contrat, par des exemples : un contrat qui contient une clause monétaire illicite que le juge supprime et maintient le contrat d'un côté et une vente à prix supérieur à la taxe que le juge ramène au taux légal, ou un contrat lésionnaire qu'il modifie de l'autre côté. Y a-t-il une différence entre les deux hypothèses ? En effet, dans les deux cas, c'est en définitive le taux de la prestation qui est modifié par le juge (16). C'est toujours la portée ou l'étendue de l'obligation qui est en cause et non pas son objet. « Le changement d'objet suppose une modification *in specie* de l'objet de l'obligation », disent Ripert et Boulanger (17).

520. — En définitive, l'adaptation de l'économie du contrat à la loi ne se fait pas par une substitution d'une obligation légale à l'obligation contractuelle. Il s'agit toujours de l'obligation contractuelle : celle-ci ne s'éteint pas par l'adaptation, mais elle trouve son étendue ou sa portée modifiée. On peut même dire que l'obligation contractuelle naît, dès la passation du contrat, non pas avec la portée que lui attribuent les parties, mais avec celle que lui confère le législateur.

Sous-section II

L'APPLICATION DU REGIME DU CONTRAT AUX DROITS ET OBLIGATIONS ADAPTES

521. — Toute modification impérative opérée par le législateur ou par le juge, dans les droits et obligations des parties contractantes, constitue une novation nécessaire par un changement de source. La théorie a été formulée par M. Tanagho, mais elle se trouve sous-

(15) V. *supra*, n° 306, notamment note 1, pp. 181 et s.
(16) V. *supra*, n°s 364 et 473 et s.
(17) *Op. cit.*, T. II, n° 1762.

jacente dans la doctrine qui s'est chargée d'expliquer la révision du contrat « nul ».

Or, l'auteur de la théorie n'envisage pas l'intérêt pratique de sa thèse : dans son esprit, l'intérêt de la notion paraît tout à fait spéculatif.

Cependant, les effets de la novation sont bien connus : « La novation nécessaire » par changement de source peut-elle avoir de tels effets ? (§ 1). Même en dehors des effets ordinaires de la novation, la novation nécessaire paraît poser des problèmes spéciaux en ce qui concerne la technique de l' « imprévision », domaine où la théorie paraît particulièrement admissible et qu'il nous faut envisager (§ 2). L'examen de ces deux points va nous permettre d'affirmer que le régime des droits et obligations issus de la règle légale est celui du contrat.

§ 1. — La « novation nécessaire » et les effets ordinaires de la novation.

522. — La novation produit deux effets : l'extinction de l'obligation ancienne et la création d'une nouvelle ; et M. Tanagho, nous l'avons vu, admet cette conséquence pour la novation nécessaire. Cependant, cette obligation nouvelle n'est pour autant l'obligation ancienne qui revivrait sous une autre forme ; entre les deux, il y a discontinuité : puisque la première obligation est éteinte, rien d'elle ne peut survivre dans la seconde. Cette discontinuité a deux aspects : l'intransmissibilité des garanties (A) et l'inopposabilité des « exceptions (18) » (B).

A. — La continuite des garanties.

523. — Lorsque le législateur décide la révision d'une obligation — l'obligation de payer le loyer dans un bail, par exemple, — lorsque le juge procède à la révision du contrat lésionnaire ou devenu excessif pour l'une des parties, et lorsque, en même temps, l'obligation révisée se trouve assortie d'une sûreté conventionnelle, la révision fait-elle perdre au créancier ses garanties ? Lorsque le prix de vente se trouve révisé lui aussi, les garanties propres à la vente vont-elles être, pour ainsi dire, éteintes ? A notre connaissance, le problème n'a pas été posé dans la jurisprudence ou dans la doctrine, et il n'est pas susceptible de se poser. Personne ne peut douter de la continuité des garanties, dont l'obligation se trouve assortie même après sa révision.

B. — L'opposabilite des exceptions.

524. — De même, les exceptions, les moyens de défense que le débiteur pouvait faire valoir contre l'ancienne créance, cessent-elles

(18) Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, n° 218, pp. 771 et s.

d'être opposables à la créance nouvelle, dont la source se trouve désormais dans le jugement ?

On sait que, dans les contrats synallagmatiques, chaque contractant est créancier et débiteur de l'autre. « Il naît du contrat deux obligations ayant un objet différent et qui sont en sens inverse. Ces deux obligations sont liées entre elles si étroitement que si l'une n'est pas exécutée, l'autre ne doit pas l'être (19). »

Les applications de ce principe de l'interdépendance des obligations sont au nombre de trois : 1° une des parties peut se refuser à exécuter son obligation si l'autre partie n'exécute pas la sienne : c'est l'exception de l'inexécution ; 2° si l'obligation de l'une des parties ne peut pas être exécutée par suite d'une force majeure, l'autre ne devra pas l'être : c'est la théorie des risques ; 3° chacune des parties ne peut demander la résolution du contrat si l'autre partie n'exécute pas son obligation.

525. — Mais, puisque dans la théorie de la novation nécessaire la révision met fin à la vie du contrat, puisqu'un nouveau rapport va lier les deux anciens contractants, il n'y a plus de raison pour que le créancier garde les trois moyens de défense qui découlent du contrat synallagmatique ; en particulier, il ne peut demander la résolution du contrat pour inexécution fautive du débiteur de l'obligation révisée. Plus généralement, les clauses du contrat, par exemple une clause relative aux dommages-intérêts, ne peuvent pas jouer après la révision du contrat.

Dira-t-on que ces trois moyens de défense ne dépendent pas du contrat, mais simplement de l'interdépendance des obligations ou de leur réciprocité (20), et que celles-ci ont une existence objective qui ne se trouve pas moins après le jugement novateur ? En effet, il ne reste pas moins vrai que c'est le contrat lui-même qui a donné naissance à cette interdépendance et à cette réciprocité en s'appropriant la réglementation légale des contrats synallagmatiques pour créer une situation juridique subjective (21). En plus, le contrat peut toujours « écarter », « modifier » ou « renforcer » l'interpédendance et la réciprocité (22).

La novation nécessaire fait perdre inéluctablement les exceptions nées du contrat. Mais, dira-t-on encore que ces exceptions n'ont pas d'importance puisque le créancier a toujours son droit à l'exécution

(19) RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, n° 490.

(20) Cf. R. HOUIN, *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Thèse, Paris, 1937, p. 164.

(21) Cf. M. PICARD et A. PRUDHOMME, *De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations*, R.T.D.C., 1912, pp. 105 et s.

(22) F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 518. Cf. R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques* (*exception* non adimpleti contractus) *et de ses relations avec le droit de rétention*, Thèse, Paris, 1914, p. 474.

directe ? Ce serait oublier la fonction réparatrice de ces instruments juridiques qui concourent à la réalisation des droits du créancier (23).

Le créancier de l'obligation révisée ne cesse pas de pouvoir recourir à l'exception d'inexécution, à l'invocation de la théorie des risques et à la demande de la résolution pour inexécution. De même, le débiteur, s'il n'exécute pas son obligation, encourt les sanctions prévues par le contrat. Celui-ci n'a pas perdu de son importance (24). Ainsi, le Conseil d'Etat égyptien a jugé que « ... en ce qui concerne la théorie de l'imprévision, bien que le dommage causé provienne d'un événement étranger à l'administration... le contrat reste valable (25) ».

§ 2. — La novation nécessaire et la révision pour imprévision.

526. — On a vu comment, si la novation nécessaire est tout à fait inadmissible pour un contrat nul, même d'une nullité relative, elle l'est moins en ce qui concerne le contrat valable à l'origine, mais qui a été bouleversé par un événement imprévisible : la novation suppose nécessairement une obligation valable (licite). Ici, sur le plan des effets que peut produire la novation, celle-ci aboutit à des conséquences particulières à la situation d'imprévision qui constituent un obstacle infranchissable à son admission.

En effet, la notion d'imprévision — du moins dans la doctrine courante — suppose un événement temporaire qui est destiné à disparaître : hausse ou baisse des prix du marché causée par un événement exceptionnel qui n'est pas nécessairement durable. Le retour à l'état normal est donc possible et prévu. Or, les contrats qui peuvent être affectés par de tels événements sont généralement des contrats de longue durée qui supposent des prestations successives ou continuelles. De ce fait, la révision du contrat ne peut couvrir que la période pendant laquelle durent l'événement imprévisible et le déséquilibre du marché. Dès que les effets de cet événement cessent, les parties doivent revenir à l'exécution des clauses du contrat telles qu'elles les avaient prévues. « La situation extra-contractuelle », pour emprunter l'expression couramment utilisée en droit public, est une situation temporaire, transitoire, précaire et momentanée. Le contrat doit régir de nouveau les relations des parties dès la cessation de la situation extra-contractuelle.

Comment se réalise ce retour au contrat, dans la théorie de la novation nécessaire, par changement de source ? Désormais, n'y a-t-il pas une autre source aux droits et obligations que le jugement ?

(23) B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, titre II, 1re partie, notamment III, pp. 304 et s.

(24) A. Hachich, Thèse précitée, p. 274.

(25) Arrêt du 30-6-1957, n° 983, an IX, pp. 601 et s., cité par Hachich, *ibid.*

527. — Dans la révision pour « imprévision », le contrat ne s'éteint pas et l'obligation révisée ne se trouve pas dans le jugement, mais dans le contrat lui-même. D'ailleurs, la jurisprudence égyptienne semble le pressentir. Pour celle-ci, « la théorie de l'imprévision aboutit à imposer une obligation à la charge du créancier : cette *obligation provient du contrat administratif qui la fait naître et la crée ;* cette obligation consiste en ce que le créancier paie une indemnité au profit du concessionnaire afin d'assurer l'exécution du contrat... (26) ». D'ailleurs, la Cour de cassation française refuse d'admettre qu'il y ait novation volontaire dans l'acceptation par l'acheteur d'une augmentation du prix : « l'augmentation du prix... ne suffisait pas pour opérer une novation... il y avait seulement une modification dans le chiffre de l'ancienne dette... (27) ».

De même, la Cour a jugé que le changement des modes de rémunération d'un journaliste d'abord payé au mois, puis à la « pige » ne constitue pas une novation (28). Et cette même Cour a jugé que l'engagement pris ultérieurement par l'emprunteur de rembourser le prêteur, non en francs, comme il avait été stipulé au contrat, mais en livres sterling, ne change pas l'objet de la dette, lequel demeure le remboursement de la somme originairement prêtée ; elle ne constitue pas une novation (29). Ainsi, dans ces arrêts, la Cour a jugé que la caution garantissant le remboursement de la dette reste engagée.

528. — En effet, l'obligation contractuelle est « toute obligation imposée à la charge d'une personne qui fait partie d'un lien contractuel, en tant que contractant, et à propos de l'exécution de l'opération contractuelle (30) ». Peu importe que cette obligation soit imposée par la volonté des deux parties, par celle du juge ou par le législateur. Le régime des droits et obligations issus de la règle légale concernant le contenu du contrat ne peut être que celui du contrat initial.

Section II

L'EXERCICE DE L'ADAPTATION

529. — Qu'il s'agisse de la théorie classique ou de la théorie moderne, la nullité est, en droit, l'inefficacité du contrat. Cependant, la nullité apparaît en fait — surtout dans la théorie moderne — comme un droit de critique accordé aux individus, qui leur permet de dévoiler l'apparence que constitue le contrat en vue de leur permettre d'exercer leurs droits. C'est un droit qui leur permet de nier

(26) Conseil d'Etat égyptien, 30-6-1951, n° 983, an IX, p. 607, précité.
(27) Req., 21-12-1925, S. 1926.1.99.
(28) Soc., 4-1-1962, Bull. civ., IV.
(29) Civ., 17-12-1928, S. 1929.1.100, D. H., 1929.49.
(30) A. Hachich, Thèse précitée, p. 277.

la situation juridique supposée établie par le contrat. Ainsi, on conçoit que la nullité disparaisse par la renonciation du titulaire du droit de critique à son droit.

Toutefois, la nullité ayant sa cause dans le vice du contrat, il est concevable que la renonciation au droit de critique n'ait pas cet effet sur la nullité, à moins qu'elle ne soit intervenue après la disparition du vice qui entache le contrat. Deux conditions sont donc nécessaires pour l'extinction de l'action, l'une objective : la disparition du vice, et l'autre subjective : la renonciation volontaire à l'action en nullité. A la réunion de ces deux éléments, on donne le nom de confirmation. C'est ainsi que la doctrine classique définit la confirmation comme « l'acte juridique par lequel une personne fait disparaître les vices dont se trouve entachée une obligation contre laquelle elle eût pu se pourvoir par voie de nullité ou de rescision (31).

530. — Avec l'adaptation, la physionomie du problème change.

Lorsqu'on invoque une règle légale qui n'entraîne pas la nullité, mais l'adaptation, il ne s'agit plus de l'inefficacité du contrat, mais d'obtenir les droits issus du contrat tels que les délimite la règle juridique. La question se pose donc de savoir si celui qui invoque la règle a un droit spécial, comme le droit de critique en ce qui concerne la nullité, d'invoquer cette règle, non pas cette fois pour détruire l'apparence du contrat afin d'exercer les droits qu'il avait avant le contrat apparent, mais en vue d'obtenir ses droits contractuels.

Il nous semble qu'il n'y a pas lieu à un tel droit spécial. D'abord, il ne s'agit pas d'apparence à démolir, mais de droits existants dont il faut déterminer le contenu. Ensuite, il paraît superflu qu'on ait un droit à invoquer un autre droit. Il s'agit directement de l'exercice de ce dernier droit.

Lorsqu'il s'agit de l'adaptation d'un contrat valable aux exigences de la règle légale, l'opération ne peut être analysée, de la part de celui qui invoque la règle, en un droit à cette adaptation, distinct des droits contractuels, mais plutôt en l'exercice de ces droits contractuels eux-mêmes tels que les délimite la règle légale invoquée. Dès lors, en l'absence d'un droit de critique, il suffit que disparaisse le vice par l'adoption des exigences de la règle légale au moment de l'exécution du contrat, pour épurer le contrat de son vice. Mais alors se pose un problème nouveau : celui de la possibilité de renoncer non pas au droit de critique, mais aux droits patrimoniaux conférés directement par la règle.

Avec le régime de l'adaptation, le centre d'intérêt se déplace de la confirmation-renonciation à se prévaloir des vices dont est entaché le contrat à deux autres pôles qui jouent dans un sens opposé l'un à l'autre : la renonciation aux droits issus du contrat et déterminés

(31) Cf. Aubry et Rau, T. IV, n° 337 ; Planiol et Ripert, T. VI, n° 303 ; Encyc. Dall., Confirmation, par A. Breton.

dans leur contenu par la règle légale ; et la disparition du vice par la réalisation de ces droits tels que les détermine la règle légale, par le respect que les parties manifestent à l'égard de cette règle lors de l'exécution du contrat malgré leur volonté contraire émise lors de sa conclusion.

D'un côté, il y a abandon par un individu d'une règle légale, et de l'autre il y a adoption ultérieure de cette règle. Une chose est de renoncer à demander l'application d'une règle qui fixe le prix de la vente passée à un prix illicite, et une autre de ne pas exiger le trop illicite ou de consentir à le rembourser. Il y a là, dans ce dernier cas, un fait objectif : celui de la disparition du vice qui ne permet plus aux individus de critiquer le contrat autrefois illicite (32).

Sous-Section I : *L'adaptation et la soumission ultérieure à la règle légale violée.*

Sous-section II : *L'adaptation et la renonciation au bénéfice de la règle légale violée.*

Sous-section I

L'ADAPTATION ET LA SOUMISSION ULTERIEURE A LA REGLE LEGALE VIOLEE

531. — Quel sera l'effet de la soumission ultérieure des parties au contrat à la règle légale violée ? Une recherche de l'effet de la disparition du vice sur la nullité s'impose (§ 1) afin de mieux caractériser l'effet de la disparition du vice économique sur le contrat valable mais inadapté (§ 2).

§ 1. — Disparition du vice et la nullité.

532. On peut rechercher l'effet de la disparition du vice sur la validité de la confirmation. Celle-ci est-elle un élément positif dans la confirmation ? (A). Cependant, même si la disparition du vice est étrangère à la notion de confirmation, constitue-t-elle un procédé autonome pour l'extinction de la nullité ? (B).

A. — Disparition du vice et confirmation.

533. — Lorsqu'on se reporte à l'organisation du régime de la confirmation, on relève que c'est sur son aspect subjectif que l'accent est traditionnellement mis. On peut donc se demander si la confirmation du contrat nul ne se réduit pas à son élément subjectif.

(32) Cf. Farjat, n° 526.

Relevant dans la définition classique la mention de la disparition du vice, M. Perrot note (33) qu' « elle n'est pas exempte d'équivoque dans la mesure où elle donne à penser que la confirmation purge nécessairement l'acte litigieux des vices qui l'affectaient ». Or, il n'en est pas nécessairement ainsi, ne serait-ce que pour cette raison que si le confirmant faisait toujours disparaître les vices, la confirmation d'un seul des titulaires de l'action en nullité priverait par là même les autres du droit d'agir en nullité (34). Aussi, M. Perrot corrige-t-il la définition classique : « la confirmation se présente comme une manifestation de la volonté par laquelle une personne ayant qualité pour demander la nullité d'un acte renonce à se prévaloir des vices dont il est entaché (35) ». « La confirmation, écrit Japiot, en tant que mode général d'extinction, est l'acte par lequel une personne manifeste la volonté d'éteindre son droit de critique (36). »

534. — En effet, lorsqu'il y a vice du consentement ou incapacité, l'élément objectif exigé est que la renonciation n'émane de la partie dont le consentement est vicié ou de la partie incapable, qu'après la découverte de l'erreur, du dol ou de la violence, ou après la cessation de l'incapacité (37). Il s'agit moins de la disparition du vice du contrat lui-même, qui n'en reste pas moins impossible, que d'exiger du confirmant une volonté saine, non atteinte par le vice qui entache le contrat. Cela apparaît d'une façon particulière dans la lésion : malgré la renonciation à l'action, il demeure clair que le renonçant n'a pas reçu dans le contrat l'avantage auquel il pouvait prétendre (38).

B. — Disparition du vice et nature de la nullite.

535. — « Dans la mesure où l'illicite est le fruit de la volonté des parties au contrat, n'est-il pas concevable qu'elles puissent l'effacer en refusant d'en tenir compte ? », se demande M. Farjat (39). Un contrat illicitc a été passé, mais les parties abandonnent la clause qui le rendait illicite, ou bien la partie du prix au-dessus de la taxe.

« L'idée de l'extinction de la nullité par suite de la disparition du vice... est, au premier abord, bien séduisante... (Tant) que le vice subsiste, il est naturel que la nullité subsiste ; mais si le vice vient à disparaître, on sera tenté de dire que la nullité disparaît avec lui : *cessante causa, cessante effectus* (40) », observait Japiot. Toutefois, Japiot a réfuté l'idée en l'absence d'un texte législatif, étant donné

(33) Jurisclasseur civ., fasc., 149-150 (confirmation), n° 1.
(34) *Ibid.*
(35) *Ibid.*
(36) *Op. cit.*, p. 696, note 1.
(37) Ripert et Boulanger, *op. cit.*, T. II, n° 741.
(38) *Idem*, n° 742.
(39) *Op. cit.*, n° 535.
(40) R. Japiot, *op. cit.*, pp. 697 et s.

que « la nullité n'est pas une modalité de l'acte lui-même, modalité qui lui serait inhérente par suite du vice, et s'en détacherait en quelque sorte lorsque le vice disparaîtrait... La nullité doit être envisagée du point de vue de ces individus chez lesquels, pour ainsi dire, elle réside (41) ».

« La nullité n'étant pas pour nous, dit-il, un fait objectif qui nécessairement existe d'une façon absolue ou n'existe pas du tout, nous ne devons pas envisager la confirmation comme la suppression de ce fait, comme un événement qui doive faire disparaître d'une façon absolue la nullité elle-même. S'agissant de la faculté accordée plus ou moins largement aux individus de critiquer l'acte juridique, nous devons considérer la confirmation comme opérant sur ces droits de critique. Pour la même raison, on conçoit qu'elle n'ait pas nécessairement un caractère absolu, puisqu'elle peut opérer à l'égard de certains de ces droits sans toucher aux autres (42). »

536. — La disparition du vice ne ferait donc que permettre la renonciation ; celle-ci resterait nécessaire. L'argumentation de Japiot paraît conforme à la nature de la nullité : celle-ci est un état d'inefficacité : on s'attache moins aux effets de la nullité qu'aux titulaires de l'action en nullité.

§ 2. — La disparition du vice, adaptation volontaire du contrat à la règle légale.

537. — Mais, en ce qui concerne l'adaptation, la question des titulaires de l'action n'a pas d'importance. Ce qui importe, c'est la règle juridique et l'ajustement des effets du contrat à sa mesure. Ignorant souvent les volontés individuelles, ne cherchant qu'à diriger l'économie du contrat, cette règle devait aboutir nécessairement à enlever toute possibilité d'attaquer celui-ci. Le contrat est valable et les parties qui avaient manifesté leur volonté de violer la règle se sont enfin résignées devant elle. On n'a pas un droit spécial distinct des droits contractuels eux-mêmes, et, en dehors d'eux, à la manière du droit de critique dont parlait Japiot au sujet de la nullité, qui devait être l'objet d'une renonciation spéciale avant que le contrat soit à l'abri de tout reproche et épuré de tout vice. Faut-il relever encore qu'avec cette réparation tout intérêt d'agir disparaît (43) ?

538. — La substitution de l'adaptation à la nullité aboutit à rendre le contrat parfaitement inattaquable après la réparation du vice qui l'entachait. L'exécution du contrat par les parties, conformément à la règle légale, l'expurge de son vice. C'est une sorte d'adaptation volontaire.

(41) *Op. cit.*, pp. 698 et s.
(42) *Op. cit.*, p. 711.
(43) FARJAT, *op. cit.*, n°s 559 et s.

539. — La Cour de cassation française a eu à se prononcer sur ce problème à propos des clauses de garantie illicites. Le cas est le suivant : un contrat contient une clause qui aurait entraîné la censure du juge, mais les parties n'en tiennent pas compte dans l'exécution du contrat. La Cour de cassation n'a pas hésité, nous l'avons déjà vu (44), à déclarer qu'en exécutant volontairement le contrat, tout en renonçant à l'observation de la clause illicite qu'il contenait, les parties ont, en connaissance de cause, abandonné cette clause, expurgeant ainsi leur contrat du vice qui aurait pu entraîner sa nullité (45). La solution est parfaitement conforme à la logique de l'adaptation. Par une modification à l'acte primitif, les parties font disparaître l'atteinte à l'intérêt que la loi entend sauvegarder.

540. — Pourtant, la même Cour a écarté une solution également respectueuse de la logique de l'adaptation en matière d'infraction à la taxation. Dans une affaire qui lui était soumise, le demandeur faisait grief à une cour d'appel d'avoir refusé de s'expliquer sur les conclusions par lesquelles il avait fait valoir que son vendeur, après avoir vendu à un prix illicite, avait ensuite offert de vendre au prix licite, et d'avoir prononcé la nullité du contrat alors que cette nouvelle offre avait rendu le contrat licite. La Cour de cassation a répondu que les ventes conclues à un prix supérieur au prix licite, « nulles de nullité absolue, ne sont susceptibles ni d'exécution, ni de novation (46) ».

541. — On voit bien la contradiction de cette solution avec la logique de l'adaptation. Le contrat n'est pas nul ; il est simplement illicite ; il peut donc être expurgé de son illicéité par une conformité postérieure des parties à la règle légale édictant l'illicéité.

On observe, enfin, la contradiction de cette solution avec celle qui est relative aux contrats expurgés de leur clause de garantie illicite. Dans la terminologie de la Cour, ces contrats-ci sont tout autant que ceux-là « nuls de nullité absolue (47) ». Cette terminologie, prise à la lettre, ne permet pas de considérer comme licite un contrat expurgé de sa clause de garantie illicite, de la même manière qu'un contrat passé à un prix au-dessus de la taxe ne peut être considéré comme licite par une conformité ultérieure à la taxation.

542. — La différence de régime entre les clauses de garantie et les prix illicites, quant à la disparition du vice, s'explique par la fidélité de la Cour — tout au moins en apparence — à la nullité, régime de la sanction de droit commun. Ceux-là sont nuls au même titre que ceux-ci. Seulement, dans le premier cas, il s'agit d'une simple

(44) *Supra*, n° 380.

(45) Req., 30-4-1934, Gaz. Pal., 1934.II.434 ; S. 1934.1.216. Cf. Civ., 21-11-1932, D.H., 1933.19.

(46) Req., 9-12-1946, Gaz. Pal., 1947.J.63, précité.

(47) Farjat, *op. cit.*, n° 536.

clause du contrat, dont la nullité ne peut englober le contrat tout entier que lorsque cette clause se révèle la cause impulsive et déterminante des parties. La Cour de cassation laisse aux tribunaux le soin de décider souverainement de ce caractère de la clause. Dans son esprit, il s'agit donc d'un contrat valable, à l'exclusion de la clause illicite. Dans le deuxième cas, il s'agit au contraire d'un élément du contrat, l'objet même de l'obligation de l'acheteur ; le contrat est donc nul tout entier d'une nullité absolue.

L'exécution du contrat illicite expurgé ultérieurement de sa partie illicite opérerait, dans le raisonnement de la Cour, novation. Mais comme la novation d'un contrat nul de nullité absolue n'est pas possible, l'opération qui consiste à l'exécution d'un contrat passé à un prix illicite sans tenir compte de ce prix ne saurait sauver le contrat. La novation ne peut impliquer la confirmation du contrat nul, puisque justement le contrat absolument nul ne peut être confirmé.

543. — On a déjà dénoncé le caractère artificiel de cette fidélité de la Cour de cassation au système de la nullité. Les solutions qu'elle adopte heurtent la logique de la nullité et ne peuvent être admises que dans un système de sanction qui reconnaît la validité de tels contrats. La nullité de la seule clause de garantie illicite et le sauvetage du contrat se font malgré que la clause est bel et bien la cause impulsive et déterminante de la conclusion du contrat. La Cour de cassation a de même admis la possibilité de la répétition de l'indû en cas de l'exécution du contrat passé à un prix supérieur au prix légal (48). Dans les deux cas, le contrat doit être considéré comme valable et les obligations qui en résultent comme susceptibles de novation.

554. — Mais on peut contester qu'il s'agit d'une quelconque novation dans l'exécution du contrat valable, mais entaché d'un « vice économique », conformément à la loi. On a vu qu'un tel contrat n'est pas susceptible de confirmation, puisque celle-ci est une renonciation à invoquer la nullité et puisque le contrat est valable mais n'est exécutable que conformément à la règle légale. Les obligations et droits des parties naissent du contrat qui lui-même prend son contenu à la loi dès sa passation. Dès lors, l'exécution par les parties du contrat vicié, non pas comme elles l'ont déjà fait, mais conformément aux prescriptions de la loi, constitue moins une confirmation, et moins une novation et une substitution d'une obligation valable à l'obligation illicite, qu'une soumission ultérieure à la règle légale. C'est une adaptation volontaire du contrat aux impératifs de cette règle, analogue à celle qu'aurait faite le juge si le litige avait été engagé devant lui. L'objet de l'obligation est toujours le même. Seulement, son étendue est ramenée à la limite légale.

(48) *Supra*, n° 391.

Il est peut-être intéressant de répéter ici que la Cour de cassation française ne considère pas comme une novation la simple réduction de dette ou la substitution d'une monnaie à une autre (49).

Sous-section II

L'ADAPTATION ET LA RENONCIATION AU BENEFICE DE LA REGLE LEGALE VIOLEE

545. — La renonciation au bénéfice de la règle juridique est-elle autre chose qu'une confirmation du contrat vicié, peut-on se demander. Il est vrai que le problème se pose d'une façon identique s'il y a confirmation d'un contrat violant une règle impérative ou renonciation aux bénéfices que confère cette règle. Si le salarié renonce à son action en modification de salaire ou s'il renonce aux règles de protection, la question doit avoir la même solution. La confirmation n'est-elle pas renonciation ?

Or, il n'en reste pas moins vrai que la confirmation est « l'acte par lequel on renonce à se prévaloir de l'inefficacité d'un acte antérieur (50) ». C'est une variété particulière de la renonciation, une « renonciation confirmative ». Quant à la renonciation aux droits ou bénéfices que confère la règle légale, elle est une autre particularité de la renonciation, la renonciation « abdicative (51) ». Dans la mesure où il est contesté que la nullité est un droit de critique, dans la mesure où il est douteux qu'un tel droit est un droit à proprement parler, et dans la mesure où la renonciation a pour objet un droit subjectif au sens strict du mot, la confirmation diffère nécessairement de la renonciation aux droits issus de la règle légale dispositive qui sont des droits au sens technique et précis (52).

546. — Dans son principe, la renonciation est toute simple et toute logique. Abandon par une personne d'un droit qui lui appartient, elle découle du principe de l'autonomie de la volonté. Application de ce principe, elle comporte la même restriction que le principe dont elle découle : « la volonté de l'individu reste impuissante lorsqu'elle tendrait à porter atteinte à l'ordre public (53) ».

Cependant, ce principe, simple dans son essence et justifié dans ses deux alternatives n'est pas d'un maniement facile lorsqu'on passe à

(49) *Supra,* n° 514.
(50) Encycl. Dall., Réf. préc.
(51) Cf. Farjat, *op. cit.,* n° 531.
(52) Par ailleurs, la différence n'est pas tout à fait théorique ; nous allons le voir, la renonciation aux droits subjectifs n'est possible qu'à partir de leur possession, dès qu'ils peuvent être exercés par leurs titulaires et non pas au moment de leur naissance.
(53) Japiot, *op. cit.,* p. 748.

l'application pratique. Il ne donne pas de résultats sûrs ou de solutions toujours justifiables, soit en doctrine soit en jurisprudence.

547. — Il est exact que la renonciation à une disposition d'ordre public, au sens classique et restreint qu'on donnait à ce terme, a été reconnue impossible dans la plupart des cas. Tout prohibe de renoncer à quelque moment que ce soit aux règles découlant de la moralité, organisant l'état des personnes et la famille. Pourtant, la renonciation a été toujours admise dans certaines hypothèses alors même que l'ordre public était en jeu : renonciation à l'action en rescision pour lésion, au délai de grâce, à l'autorité de la chose jugée ou à la prescription. Ne s'agit-il pas, dans tous ces cas, de dispositions d'ordre public ?

En fait, l'opposition entre les hypothèses ou la renonciation est impossible, et celles où elle est concevable ne vient pas de ce que les premières seules sont d'ordre public, mais de ce que celles-ci ne confèrent pas de droits aux particuliers au sens technique du mot. Le seul droit que la règle confère aux particuliers est celui de réclamer son application en exerçant leur « critique » à l'encontre des actes qui les auraient violées par l'action en nullité (54).

Au contraire, les secondes confèrent aux individus des droits propres au sens précis, dont il leur appartient d'user ou d'abdiquer. Si l'ordre public classique est donc, en principe, incompatible avec la possibilité d'une renonciation, c'est qu'il ne confère pas, en règle générale, de droits aux particuliers (55) ; « là où il y a permanence, là où il n'y a pas d'intérêt patrimonial, il ne peut y avoir de renonciation concevable ni valable (56). »

548. — Si nous transposons cette analyse en notre matière, on constate que les règles économiques confèrent aux particuliers de véritables droits. « S'appliquant par la seule vertu de la loi (l'ordre public classique) s'impose à tous sans qu'aucun acte de volonté ne soit nécessaire. Au contraire, l'ordre public économique et social... ne concernant que certaines catégories de personnes, il suppose, pour s'appliquer, que certaines conditions soient remplies : sa force obligatoire n'opère que par l'intermédiaire d'autres institutions (57). » « Même si elles ont pour but l'intérêt général, les règles économiques s'inscrivent en termes d'intérêts particuliers qui s'épuisent par leur exercice (58). »

La logique nous conduit donc à admettre la possibilité de la renonciation au bénéfice des règles de l'économie du contrat. « Chaque fois que des lois d'intérêt public dépendent des intérêts particuliers, et

(54) FARJAT, *op. cit.*, n° 613.

(55) FARJAT, *op. cit.*, n° 613 ; Ph. MALAURIE, *La renonciation à un droit d'ordre public*, note au D. 1954.J.519, sous Poitiers, 18-12-1953 ; ROUBIER, *Droits subjectifs*, *op. cit.*, n° 10, pp. 73 et s.

(56) MALAURIE, *loc. cit.*

(57) *Ibid.*

(58) *Ibid.*

la contradiction des termes ne doit pas nous surprendre, la renonciation ne saurait être prohibée de manière aussi rigoureuse... Si les bénéficaires des faveurs légales, après en avoir été saisis, les jugent inutiles ou encombrantes, la loi n'entend pas les contraindre à les garder... (59). »

549. — Toutefois, à considérer le but de la règle juridique de l'économie du contrat — laissant de côté son objet (l'octroi des droits particuliers) — celle-ci serait, tout au moins à première vue, réellement compromise par la renonciation. La mise en œuvre de la majorité des règles économiques paraît vivement menacée.

Lorsque le législateur taxe les prix, donne un cadre autoritaire à la libre concurrence, réglemente les charges ou les transports, il ne saurait tolérer aucune exception : c'est une politique d'ensemble qui est recherchée ; le contrat individuel n'est envisagé que comme l'unité d'un ensemble homogène (60). Le même sort doit être réservé non seulement aux règles de « direction économique » mais aussi de « direction sociale » : la « dérobade individuelle » ne doit pas être tolérée en ce qui concerne les statuts des rapports de travail, et en matière de baux, notamment de baux ruraux (61).

Ce n'est que quand la règle « confère des droits à certaines catégories de contractants contre leurs cocontractants que ceux-là seraient libres de n'en pas user » ; ici, « la liberté n'est battue en brèche que dans la formation des droits d'ordre public économique ; mais ceux-ci, une fois formés, les individus en ont le libre usage (62) ».

550. — Il semble donc que notre analyse nous amène à un résultat paradoxal.

D'un côté nous avons admis que les règles de l'économie du contrat confèrent toujours des droits aux particuliers dont ils peuvent librement disposer; bien plus, un des critères du droit subjectif est tiré de la possibilité d'y renoncer. M. Roubier (63) définit les situations juridiques subjectives comme « des situations régulièrement établies, soit par acte volontaire, soit par la loi, desquelles découlent principalement des prérogatives qui sont à l'avantage de leurs bénéficiaires et auxquelles ils peuvent d'ailleurs, en principe, renoncer ».

D'un autre côté, presque toujours, habiliter la renonciation c'est condamner la règle juridique à l'inefficacité.

Est-il artificiel de dire que la règle juridique confère aux individus des droits proprement dits ? Y a-t-il « revanche du contrat libre, du droit classique, sur l'organisation impérative de l'économie du

(59) J. Denis Bredin, *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français*, Travaux de l'Association H. Capitant, T. XIII, Paris, 1963, p. 376.
(60) Farjat, n° 615.
(61) *Idem*, n° 616.
(62) *Idem*, n° 617.
(63) *Droits subjectifs*, *op. cit.*, n° 9, pp. 72 et s.

contrat, de sorte que l'existence d'un ordre économique franchement interventionniste, seraient "à la merci des contractants" (64) ? »

551. — A notre sens, il ne semble pas que l'une ou l'autre proposition soit exacte. La contradiction entre la technique des droits subjectifs et les exigences de l'ordre économique n'est qu'apparente. Le problème se trouve dans ce que l'existence de la renonciation dans les cas où apparaît la contradiction est douteuse. Dans ces hypothèses, en dépit de l'existence de véritables droits, la renonciation ne se trouve pas réalisée.

Rappelons tout d'abord que lorsque celui contre qui la règle est dirigée consent à exécuter ses obligations comme les prévoit cette règle, il ne renonce pas à un droit puisqu'il n'avait pas de droits au-delà de ceux prévus par la règle. Il efface tout simplement le vice du contrat.

Quant à celui qui bénéficie de la règle, on doit envisager deux hypothèses bien distinctes quant à notre problème : ou bien la règle légale diminue ses obligations (§ 1), ou bien elle augmente ses droits (§ 2).

§ 1. — La renonciation au bénéfice d'une règle qui a pour effet de diminuer les obligations d'une partie au contrat.

552. — En effet, la renonciation n'est possible dans cette hypothèse que lorsque le cocontractant protégé exécute ses obligations conformément aux stipulations du contrat en dépassant la limite qui leur a été assignée par la règle légale : c'est seulement à ce moment qu'on peut dire qu'il a un droit à l'excédent dans le patrimoine de son cocontractant. Avant ce moment, toute renonciation serait une renonciation à la règle légale elle-même (A). Quelques illustrations jurisprudentielles peuvent nous faire comprendre ici la différence entre la renonciation à un droit et la renonciation à la loi (B).

A. — La renonciation a la loi et la renonciation aux droits.

553. — Lorsque l'application de la règle juridique a pour effet de diminuer les obligations d'une partie au contrat, celle-ci n'a pas à renoncer à des droits. Ce sont ses obligations qui subissent une réduction. Ses droits se trouvent en effet dans la contrepartie. Lorsque la clause d'indexation est illicite, lorsque le prix d'une vente est taxé au-dessous du prix contracté, l'application de la règle rendant la clause illicite ou taxant le prix diminue les obligations du contractant, de l'acheteur; elle laisse ses droits à la contrepartie, à la chose, intacts. Dès lors, la renonciation est inconcevable de sa part puisqu'elle n'a pas d'objet : l'objet de la renonciation n'est que les

(64) Farjat, *op. cit.*, n° 609.

droits privés. Toute renonciation de la part de celui dont la règle juridique diminue les obligations ne sera qu'une renonciation à la règle légale elle-même et non pas à des droits propres.

Or, la règle légale, puisqu'elle est d'ordre public, ne peut être l'objet d'une renonciation puisque, par nature, elle s'applique en dépit de toute volonté contraire. L'article 6 du Code civil français (articles 135 et 136 du Code civil égyptien) suggère cette évidence. On ne peut, par des conventions, déroger aux lois d'ordre public. Or, la renonciation au bénéfice de la loi constitue un mode de dérogation (65). Si la renonciation à la règle est possible, ne suffirait-il pas d'y déroger dans la passation du contrat pour dire qu'on a tout simplement renoncé à la règle ? (66).

554. — Ainsi, même l'exécution par le débiteur de ses obligations telles que les détermine la volonté contractuelle et en violation de la règle légale ne constitue pas une renonciation par lui à ces droits. Elle constitue tout simplement paiement de ce qui n'est pas dû, et il peut le faire restituer. L'exécution de l'obligation du débiteur fait naître à la charge du créancier l'obligation de restituer ce qu'il a indûment reçu (67).

Cependant, à ce moment et après le paiement de ce qui n'est pas dû, un véritable droit naît au profit du débiteur qui a payé et il peut y renoncer dès ce moment comme il peut renoncer à tout autre droit.

555. — Ce n'est qu'après le paiement de la partie illicite de la dette que celui dont la loi réduit le montant de son obligation peut renoncer. La renonciation tombe sur un droit privé proprement dit

(65) J. Denis Bredin, *La renonciation, loc. cit.*, p. 371.

(66) Nous avons relevé une argumentation proche de la nôtre chez M. W. Yung, à propos des règles imposant le maintien du contrat modifié. Pour lui, « la partie qui exige un prix excessif n'a aucun droit pour ce qui excède le maximum légal. Quant à la partie lésée, elle n'a à proprement parler aucun droit non plus, mais profite d'une nullité absolue qui doit être prononcée d'office. Elle ne peut à aucun moment « renoncer » au bénéfice de cette nullité. (La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé suisse, Travaux de l'Association H. Capitant, T. XIII, Paris, 1963, p. 353.)

(67) Certes, on peut objecter que la restitution de ce qui n'était pas dû n'est possible que si le solvens avait cru à l'existence de la dette. Or, cette condition est contestée, et même on ne l'applique pas en ce qui concerne l'obligation nulle, (voir H. et L. Mazeaud, *Leçons, op. cit.*, T. 2, n°s 658 et s.). On peut appliquer la même règle sur notre cas puisque, en cas de nullité ou en cas d'adaptation, l'obligation payée indûment est illicite.

Il semble d'autre part qu'on ne peut objecter au débiteur qui réclame la répétition de l'indû, la règle « Nemo auditur... » En plus que le bien-fondé de cette règle est discuté, son domaine d'application paraît celui de la turpitude morale et non pas de la turpitude économique. Appliquer l'adage en notre matière serait une pénalisation à l'encontre de celui que la loi protège ; c'est lui faire perdre la protection encore qu'il soit moins coupable que son cocontractant. (Voir Farjat, *op. cit.*, n°s 519 et s. ; H. et L. Mazeaud, *Leçons, op. cit.*, T. 2, n° 65, et pp. 617 et s. ; B. Starck, note sur Paris, 12-4-1959, Recueil général des lois, décrets et arrêts de la jurisprudence, 1960.169, p. 205.)

et non pas sur la règle juridique violée. Il est toujours exact, dans cette hypothèse, que tout droit peut être l'objet d'une renonciation sans que cette renonciation compromette la réglementation impérative du contrat.

B. — Quelques illustrations jurisprudentielles de la distinction entre la renonciation a la loi et la renonciation aux droits.

556. — Le problème s'est posé devant la jurisprudence française, qui lui a donné en général des solutions logiques, à propos de la taxation. La vente à un prix illicite ayant été réalisée comme stipulé, l'acheteur demandait la restitution du trop perçu, le remboursement de la soulte illicite. Aussi bien un certain nombre de décisions vont lui accorder la réparation. La Cour de cassation française est arrivée à la même solution, enfin, dans son arrêt du 10-12-1951 (68).

Il est donc clair que le seul fait de l'exécution ne constitue pas une renonciation valable. La règle légale ne se trouve pas comprise par le jeu des renonciations. Ici, la règle juridique qui allègue les obligations de l'une des parties est proche parente des règles classiques d'ordre public qui ne confèrent pas de droits individuels aux contractants. Mais la renonciation est-elle valable après une telle exécution ? La question ne s'est pas posée à la jurisprudence dans ses arrêts précités. Mais nul doute qu'une telle renonciation serait parfaitement valable. Le trop perçu constitue désormais un droit de l'acheteur contre le vendeur, au même titre que tout autre droit. Ainsi, la Cour de cassation a admis que le preneur peut renoncer à la règle du statut de fermage, selon laquelle les impôts fonciers sont à la charge du bailleur, en ce qui concerne les impôts qui sont échus (69).

557. — La même hypothèse s'est présentée à la jurisprudence égyptienne à propos de la loi numéro 121 de 1947 sur la location des lieux, qui réduit le loyer. L'article 6 de cette loi dispose que « toute clause contraire à ces dispositions est nulle et le juge doit décider la restitution du trop perçu ou son amputation sur le loyer qui serait dû pour l'avenir ».

Beaucoup de décisions de la jurisprudence ont admis la possibilité de renoncer à l'action en réduction du loyer, et que cette renonciation peut être déduite du silence du locataire pendant une longue période (70). Certains tribunaux sont même allés jusqu'à valider

(68) *Supra*, n°s 391 et s.

(69) Cass. soc., 3-1-1952, D. 1952.J.433 et s., note Savatier.

(70) Trib. de 1re instance du Caire, 7-12-1953, ch. n° 12 (espèce n° 223 de 1952). Dans le même sens, la liste des décisions rapportées par M. Alsanhouri, *Alwassit, 6, Le bail*, p. 1029, note 1.

l'accord sur un loyer supérieur au loyer légal tant que le locataire l'a admis sans contrainte et après la conclusion du contrat (71).

Cependant, on s'est insurgé contre cette renonciation dans un grand nombre de décisions où on a affirmé que la disposition de l'article 6 est d'ordre public et qu'ainsi toute renonciation tacite ou expresse est impossible (72).

Cette dernière jurisprudence doit, en effet, l'emporter puisque, nous l'avons vu, la renonciation suppose un droit acquis, et en l'occurrence il n'y a pas encore de tel droit : le locataire ne peut avoir un droit acquis au sens strict du mot qu'une fois qu'il a payé trop, et à ce moment il peut renoncer à réclamer le trop perçu. M. Alsanhouri (73) semble très bien poser le problème. Pour lui, les partisans de la renonciation à l'action en réduction « semblent ne pas distinguer clairement entre l'action en réduction du loyer qui ne peut être l'objet d'une renonciation et l'action en répétition de la somme payée au-dessus de la limite maximum qui n'est pas d'ordre public et peut être l'objet d'une renonciation expresse ou tacite ».

558. — En ce qui concerne l'article 147/2 du Code civil égyptien, qui porte sur la révision du contrat en cas de survenance d'événements imprévus, cet article rend nulle toute convention contraire à sa disposition. Toutefois, la doctrine égyptienne semble approuver la possibilité de la renonciation émanant du débiteur dont l'obligation a été rendue onéreuse par l'événement imprévu (74). Cependant, à notre avis, cette renonciation n'est licite que pour la période de temps écoulé après que soit survenu l'événement et avant cette renonciation, pendant laquelle le contrat a été exécuté. C'est seulement pour cette période que le débiteur acquiert un droit proprement dit auquel il peut renoncer. Le problème est analogue à celui de la réduction du loyer.

§ 2. — La renonciation au bénéfice d'une règle qui a pour effet d'augmenter les droits d'une partie au contrat.

559. — Ces règles confèrent des droits — au sens strict du mot — qui sont susceptibles de renonciation. Une telle renonciation paraît

(71) Trib. de 1re instance du Caire, 27-6-1953, ch. n° 4 (espèce n° 3034 de 1952) ; 15-2-1954, ch. n° 12 (espèce n° 4236 de 1953) ; 20-1-1961, ch. n° 2 (espèce n° 4319 de 1961) ; 16-12-1961, ch. n° 2 (espèce n° 4690 de 1961). Cf. les décisions mentionnées dans Alsnahouri, *idem*, p. 1032, note 1.

(72) Trib. 1re instance du Caire, 14-1-1954, ch. n° 13 (espèce n° 3237 de 1953) ; 15-1-1956, ch. n° 19 (espèce n° 1855) de 1953 ; 1-1-1960, ch. n° 12 (espèce n° 6960 de 1959) ; 29-5-1961, ch. n° 2 (espèce n° 4445 de 1960). Cf. d'autres décisions rapportées par Alsanhouri, *idem*, n° 1028, note 1.

(73) *Idem*, n° 623, p. 1034.

(74) Alsanhouri, *Alwassit, Les sources de l'obligation, op. cit.*, n° 421, p. 649 et note 2 de la même page.

donc mettre en danger la règle de droit. Toutefois, si tout droit subjectif peut être l'objet de renonciation, la renonciation est une abdication et on ne peut abdiquer que ce dont on est en possession. Tout le problème se ramène donc à la recherche du moment où la renonciation peut intervenir. La doctrine offre comme critère la notion de droit acquis. Toutefois, il est nécessaire de distinguer le droit acquis du droit subjectif. Le droit subjectif naît du contrat, mais il ne devient acquis que par son actualisation, c'est-à-dire à partir du moment où il peut être exercé (§ 1). Jusqu'à quel point la jurisprudence a-t-elle été sensible à cette notion d'actualisation ? (§ 2).

A. — La distinction entre la renonciation au droit acquis et la renonciation au droit subjectif.

560. — Dans l'hypothèse où la règle juridique a pour conséquence d'augmenter les droits de l'une des parties, il est incontestable que celui qui bénéficie de la règle a des droits dès la formation du contrat. Bien plus, nous avons vu que ces droits, tels que les définit la loi, naissent dès la formation du contrat. La renonciation est donc possible. Cependant, si la renonciation est admise dès la formation du contrat, la mise en œuvre de la règle juridique ne serait-elle pas compromise ?

M. Malaurie pose clairement le problème lorsqu'il souligne la distinction entre la renonciation à la loi et la renonciation aux droits acquis : « La renonciation anticipée n'est pas une renonciation au sens strict du terme — on n'abandonne pas ce que l'on n'a point, — mais elle est une dérogation à une loi d'ordre public qu'interdit l'article 6 du Code civil... (Au) contraire, la renonciation à un droit acquis est normalement en dehors du champ d'application de la loi puisque celle-ci n'a généralement pour objet que de faire naître une faculté... (75). » Pour reconnaître la renonciation licite et la renonciation illicite, on se place donc dans la perspective de l'acquisition des droits : « La seule condition de validité de la renonciation (aux) droits est l'accomplissement de leurs conditions d'acquisition (76). »

561. — Cependant, la solution du problème ne se trouve pas avancée ; tout se trouve dans la définition de ce qu'on appelle droit acquis. S'agit-il de tout droit subjectif ? S'agit-il, par contre, d'une catégorie plus ou moins étendue des droits subjectifs ? Et selon quel critère se délimite alors le champ des droits acquis ?

Pour résoudre ce problème, M. Malaurie trouve nécessaire de faire une distinction entre les droits de formation successive et ceux de formation instantanée. Les droits de formation successive ne sont susceptibles de renonciation que lorsqu'ils sont échus. Ce n'est qu'à

(75) Malaurie, *loc. cit.*
(76) *Ibid.*

ce moment qu'ils deviennent acquis. Au contraire, l'acquisition des droits de formation instantanée est concomittante à la conclusion du contrat. Il sera donc possible de renoncer à ces derniers droits après la formation du contrat sans qu'il soit nécessaire qu'il ait déjà produit tous ses effets (77).

562. — On peut mettre en doute la garantie que ce critère des droits de formation successive et de droits de formation instantanée assure à la mise en œuvre de la règle légale. En ce qui concerne les droits dits instantanés : droit à la prolongation, droit au renouvellement, droit de préemption, etc., la renonciation n'est-elle pas possible dès la passation du contrat ? Quelle est donc la limite entre la renonciation à la loi et la renonciation aux droits ? Ne s'agit-il pas, en tout cas, d'une renonciation à la loi ?

Nous avons relevé l'échec du critère des droits acquis à propos du conflit des lois dans le temps, justement parce qu'on tend à confondre au départ le droit acquis et le droit subjectif. Ne s'agit-il pas, en notre matière, de la même confusion ?

Si, en ce qui concerne les droits dits de formation successive, on arrive à retarder la possibilité de renoncer, est-il réellement le critère de l'acquisition des droits au sens de leur formation, de leur naissance, c'est-à-dire le critère de droits subjectifs qui est en jeu ? Ces droits ne sont-ils pas, à la vérité, formés, créés dès la formation du contrat comme les premiers ? N'avons-nous pas constaté que s'il s'agit des droits et des obligations que la loi ajoute au contrat ou s'il s'agit de la modification du contrat, ces droits et obligations prennent naissance dès la passation du contrat avec le contenu que leur confère la loi ? En retardant la possibilité de renonciation, n'ajoute-t-on pas un autre élément à la formation du droit subjectif, celui de la possibilité de son exercice ?

M. Farjat (78), sceptique à l'égard du critère des droits acquis, met en doute le fait que le droit au taux légal de la prestation est acquis, c'est-à-dire rentré dans le patrimoine tant pour la jouissance passée que pour celle à venir, contrairement à la prestation elle-même. Pour lui, « le bailleur » dispose des lieux en vertu de son bail ou en vertu de la loi; la loi réglemente le loyer qu'il doit verser. On pourrait considérer que le bailleur a un droit acquis au loyer pour le passé, pour le temps pendant lequel son locataire a joui des lieux, mais le droit que le locataire a au taux « légal » du loyer vaut aussi bien pour l'avenir que pour le passé ; il n'est pas plus « entré dans le patrimoine » du locataire pour le passé qu'il n'y entrera dans l'avenir. Mais cette dissociation du droit du bailleur en un droit au loyer et un droit au taux légal n'est-elle pas artificielle ?

564. — Le « mal » vient, à notre avis, de la confusion entre la naissance du droit subjectif et son actualisation, entre la délimitation

(77) Malaurie, Encyl. Dall., Renonciation, pp. 519 et s.
(78) *Op. cit.*, n° 624.

des contours du droit et sa « possession » par le sujet, entre le droit dans l'état virtuel et le droit dans l'état actuel. La solution du problème ne dépend pas exclusivement du point de savoir à quel moment le droit est entré dans le patrimoine. Si l'on admet que le droit de prorogation, que le droit au renouvellement, que le droit au maintien dans les lieux sont théoriquement entrés dans le patrimoine du preneur dès la conclusion du bail, ce qui serait très contestable, il faut alors reconnaître que l'ordre public peut exiger davantage. Il peut n'être pas rassuré parce que le droit est, en puissance, dans le patrimoine du preneur, et ne tenir le droit pour effectivement que s'il est en mesure de s'exercer. Alors, mais alors seulement, la protection légale peut cesser (79). « Dès que l'on n'a plus affaire à un droit subjectif caractérisé, techniquement défini et d'ores et déjà acquis, dès que l'on n'a plus affaire à une renonciation stricte, la renonciation à une prérogative individuelle implique, qu'on le veuille ou non, la renonciation à une règle de droit objectif. La renonciation objective reparaît sous la renonciation du type subjectif (80). »

La renonciation n'est donc possible que pour le droit actualisé, le droit en possession. La renonciation à un droit virtuel, non possédé quoique formé, se confond en réalité avec la renonciation à la règle juridique. Ainsi, pensons-nous, la distinction entre droits acquis et droits non encore acquis doit être comprise dans le sens de la distinction entre droits actualisés, c'est-à-dire en mesure de s'exercer par leurs titulaires, et droits virtuels, au sens de droits dont les bénéficiaires seraient hors d'état de les exercer.

565. — Ainsi s'explique le fait que les droits dits de formation successive ne peuvent être l'objet de renonciation que pour les périodes de temps écoulées pendant lesquelles le contrat a été exécuté par le vendeur, par le salarié, etc. C'est pour ce temps seulement que son droit au prix, au salaire, devient disponible.

Or, la renonciation aux droits dits instantanés, tout comme la renonciation aux droits de formation successive, ne devient possible qu'une fois qu'ils sont en mesure de s'exercer. Le droit au maintien dans les lieux, le droit au renouvellement, à la prorogation ou le droit de préemption ne sauraient être l'objet d'une renonciation sans que de telles renonciations impliquent la renonciation à la loi qui les confère avant qu'elles puissent réellement être exercées par le preneur à bail (81).

Ici apparaît clairement le rôle des éléments objectifs dans l'acquisition des droits. Tant que l'attention était mise sur les seuls éléments subjectifs du contrat, il était normal d'admettre que la seule rencontre

(79) J. Denis Bredin, *op. cit.*, p. 378.

(80) Carbonnier, *La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé*, Rapport général à l'Association H. Capitant, Travaux de l'Association H. Capitant, T. XIII, Paris, 1963, p. 287.

(81) J. Denis-Bredin, *loc. cit.*, p. 379 ; Carbonnier, *loc. cit.*, p. 287.

des volontés, en même temps qu'elle engendre des droits subjectifs, les fait entrer dans le patrimoine de leur titulaire, sans aucun secours des éléments objectifs. Ce n'est qu'une fois qu'on admet le rôle joué par ces derniers éléments, spécialement par le fait de l'exécution, qu'on a pu délimiter le moment de leur acquisition, le contrat délimite les contours du droit, fait naître les dettes, mais ceux-ci ne s'actualisent, n'entrent dans la possession que par son exécution.

566. — Peut-on objecter enfin que les droits de formation libre sont susceptibles de renonciation dès la formation du contrat ? Mais ne s'agit-il, à la vérité, en l'occurrence, de la renonciation à « la loi des parties » plutôt que de la renonciation aux droits proprement dits ? Et si cette renonciation est possible, n'est-ce pas parce que les contractants qui font « cette loi » peuvent la modifier ?

B. — Quelques illustrations jurisprudentielles de la distinction entre la renonciation au droit acquis et la renonciation au droit subjectif.

567. — En ce qui concerne le droit de préemption attaché au bail rural, la Cour de cassation française (82) a jugé que « ne s'agissant pas de clauses conventionnelles insérées au contrat de bail, mais de la renonciation à un droit déjà né, puisé dans ce contrat, le preneur, déjà admis à renoncer tacitement au droit de préemption, peut renoncer à celui-ci de façon expresse ; que, pour être valable, cette renonciation doit intervenir avec l'exacte connaissance des conditions de la vente ». La renonciation n'est donc possible que dès le moment où le bailleur est en mesure d'exercer son droit de préemption. Quoique son droit soit déjà créé, il ne peut y avoir renonciation qu'après l'offre de vente et l'exacte connaissance des conditions de la vente.

Toutefois, on a remarqué que « le bailleur peut se dispenser de la notification du prix et des conditions de la vente ; il n'est pas nécessaire qu'il observe le délai de deux mois ou le délai d'un mois prévu par l'article 6, alinéa premier du statut, ou qu'il adresse au preneur une lettre recommandée ; la renonciation du preneur peut être interprétée comme concernant les diverses formalités (83) ».

568. — Cependant, la Cour paraît, pour d'autres droits, admettre la possibilité de renonciation dès lors qu'elle n'intervient pas dans le contrat, mais par acte postérieur. Ainsi, elle valide la renonciation par le fermier au droit d'exiger le renouvellement du bail à terme dès qu'il ne s'agit pas de renonciation concomittante à la conclusion du contrat, mais opérée au cours de son exécution (84). Il en est

(82) Cass. soc., 27-5-1949 (trois arrêts) J.C.P., 1949.II.5144, note P. Ourliac et M. de Juglart.

(83) Note P. Ourliac et M. de Juglart, précitée.

(84) Cass. soc., 16-5-1952, D., 1952.721, note Savatier, S. 1953.1.58, note J.P.C. ; Cass. soc., 7-11-1947, S. 1948.1.164, note G. R. Delaume.

ainsi pour le droit au maintien dans les lieux; on ne peut renoncer d'avance à s'en prévaloir, mais on peut renoncer au droit acquis en s'engageant à quitter les lieux (85). De même, on peut renoncer au droit de renouvellement d'un bail commercial (86) ou au droit à la prorogation légale du bail (87) tant que la renonciation est postérieure au bail et à la loi qui lui donne naissance.

Pourtant, le droit est-il vraiment acquis dès qu'il se base sur un contrat déjà formé ? N'est-ce pas la confusion que nous avons révélée entre le droit subjectif et le droit acquis, entre le droit virtuel et le droit actuel ? Le droit acquis, dans ces cas, n'est véritablement acquis qu'à partir de la fin de la durée normale du contrat.

Ainsi, la prorogation du bail des lieux, selon l'article 2 de la loi numéro 121 de 1947, en Egypte, est d'ordre public en ce sens que le locataire ne peut y renoncer avant la fin de la durée convenue par le contrat. Même, selon M. Alsanhouri, il ne peut y avoir de renonciation après la prorogation effective du contrat (88).

De même, dans certains cas, la renonciation a été rendue impossible avant la fin du contrat par le législateur français. En matière de baux d'habitation, en vertu de l'article 16 de la loi du 1-9-1948, la renonciation au maintien dans les lieux n'est possible qu'après l'expiration du contrat. En droit de travail, l'article 23/9, livre I[er] du Code du travail, prohibe la renonciation antérieure à la cessation du contrat pour l'indemnité du préavis et de rupture abusive (89).

569. — En plus, il est à remarquer que si la Cour de cassation française affirme que la renonciation porte sur un droit acquis dès qu'elle est postérieure à la conclusion du contrat et pendant son exécution, le litige était posé dans une autre perspective que celle de la renonciation (90). Dans la plupart des procès où elle a conclu à la validité de la renonciation, dans les espèces où la formule de la Cour n'est qu'une affirmation passagère dans son raisonnement, malgré la conclusion à l'existence de la renonciation, il ne s'agissait pas, à proprement parler d'une renonciation, mais d'une transaction gouvernée par le principe de l'indivisibilité. Ainsi, l'arrêt du 16-5-1952 (91) dit : « Attendu que, suivant un procès-verbal de conciliation... (le fermier) s'est engagé à sortir le 24-6-1947, et plus tôt s'il le peut, sans autre formalité, moyennant ce, les parties auront leurs différends tranchés à la date du présent procès-verbal de conciliation... Attendu que le pourvoi reproche à cette décision d'avoir ainsi validé une

(85) Cass. soc., 14-12-1944, S. 1945.1.64.
(86) Civ., 29-10-1941, S. 1941.1.208 ; Civ. com., 3-2-1953, Gaz. Pal., 1953.1.292.
(87) Cass. soc., 21-7-1952, D. 1953, Sommaire, 7.
(88) *Alwassit*, 6, *Le bail*, *op. cit.*, n° 628, p. 1049.
(89) Cf. Civ., 4-7-1934, S. 1938.1.217, note Perreau et les arrêts cités dans Encyc. Dall. Renonciation, n° 41.
(90) Soc., 3-11-1956, D. 1956.J.6.
(91) Recueil D. 1952.721, note Savatier, S. 1953.1.58, note J.P.B. Cf. aussi Cass. com., 3-2-1952, Gaz. Pal., 1953.1.292.

résiliation amiable d'un bail à ferme antérieur au 13-4-1946 et partant nulle au mépris du droit au renouvellement du fermier. Mais, attendu que l'accord passé en conciliation et par lequel les parties se faisaient des concessions réciproques constitue une transaction, et que celle-ci étant indivisible (le demandeur) ne pouvait à la fois dénier effet à la renonciation qu'elle contenait et profiter des avantages qu'elle lui conférait... »

570. — Il y a un domaine où la Cour de cassation française s'est montrée particulièrement compréhensive de l'application du critère des droits acquis, celui des droits de « formation successive ». Pour ces droits, la Cour admet la renonciation pour les périodes de temps écoulées, mais non pour les périodes à venir (92). Le salarié peut renoncer, « mois par mois, aux droits acquis qu'il pouvait tenir de de la législation sur les salaires... nonobstant le caractère d'ordre public de cette législation (93) ». Le fermier peut renoncer à la règle du tiercement, suivant laquelle la part du bailleur à colonat paritaire ne peut être supérieure au tiers des produits, mais seulement pour les années de jouissance écoulées (94) (95).

En matière de salaire, une décision a considéré que la renonciation ne pouvait intervenir que postérieurement à la cessation du contrat de travail. Un employeur avait été condamné par le juge de paix à verser à son employé le montant d'heures supplémentaires, bien qu'il ait proposé de prouver que l'employé avait renoncé à ce qu'elles lui soient payées. Le tribunal civil de Coutances confirme la décision en relevant qu' « une partie peut renoncer à un droit acquis de par une disposition d'ordre public, mais ce pour le passé et seulement après la résiliation du contrat; qu'en effet, cette renonciation ne peut se concevoir que pour des contractants qui ne se trouvent pas en état de dépendance les uns par rapport aux autres (96) ».

(92) Lyon-Caen, D. 1960.J.336, note sous Appel Paris, 1-2-1960 ; Malaurie, note D. 1954.519 ; Encyc. Dall., Renonciation.

(93) Cass. soc., 17-1-1957, Bull. civ., 1957.IV, n° 62, p. 42.

(94) Cass. soc., 8-7-1947, J.C.P., 1948.II.5144, note P. Ourliac et M. de Juglart ; Cass. soc., 15-2-1951, D. 1951.J.433 et s., note R. Savatier.

(95) La Cour de cassation française a jugé que : « N'est pas contraire aux dispositions d'ordre public de la loi du 25 février 1946 l'accord comprenant les heures supplémentaires dans une rémunération forfaitaire mensuelle supérieure à la classification de l'ouvrier, suivant lequel les parties peuvent, en outre, en raison de l'horaire variable auquel est assujetti le travail, tenir compte, dans l'évaluation, de moyenne d'heures supplémentaires. »

Cass. soc., 19-5-1953, D., 1953.603. Même sens, Cass. soc., 12-12-1958, Dr. soc., 1959.291 ; 5-2-1959, D. 1959.107, S. 1959.57. Cependant, s'agit-il d'une renonciation à proprement parler ? « Il semble qu'il s'agisse là d'une solution d'espèce. » Cf. la note sous Cass. soc., 19-5-1953, précitée.

(96) T. C. Coutances, 31-5-1955, Gaz. Pal., 1955.2.250.

CONCLUSION

571. — Dans notre travail, nous avons tenté de montrer qu'il n'y a pas un phénomène d'affaiblissement du droit contractuel sous l'effet des circonstances économiques de notre époque, mais qu'il existe bien un problème d'adaptation du contrat à ces circonstances, problème qui n'est pas seulement technique, mais aussi sociologique. « La science des concepts fait place à une étude plus pratique qui met au premier plan de ses recherches les "intérêts", les aspirations humaines, les besoins économiques (1). »

Parvenu au terme de notre étude, il convient de rappeler les conclusions susceptibles d'être formulées et d'évoquer les perspectives qu'ouvre aujourd'hui la prise de conscience du problème de l'adaptation du contrat aux circonstances économiques.

572. — Adapter le contrat aux circonstances économiques, c'est tout d'abord rechercher comment son contenu peut être aménagé en fonction du « milieu » économique ; c'est ensuite envisager le sort du contrat inadapté à ces circonstances.

L'évolution de la structure économique et sociale impose de plus en plus la détermination rationnelle du contenu du contrat en fonction de la conjoncture économique; cette détermination ne peut être l'œuvre des volontés individuelles ; elle ne peut être réalisée que par l'ordre juridique objectif. Il s'agit d'une adaptation autoritaire du contenu contractuel aux circonstances économiques.

Mais, lorsque l'ordre juridique objectif se charge de l'aménagement du contenu des rapports contractuels, il ne vise pas à supprimer les situations contraires ; il vise seulement à les soumettre à la réglementation qu'il édicte. Cette soumission ne peut être réalisée par la sanction de la nullité ou de la résiliation ; elle ne peut l'être que par l'application directe de la règle légale violée au contrat inadapté ; il s'agit d'une adaptation obligatoire de celui-ci aux impératifs de la règle légale méconnue par les contractants.

(1) J. Gaudemet, *Rapport au VI^e Colloque des Facultés de Droit et des Sciences économiques*, Toulouse, 28-31 mai 1958, *in* « Droit, Economie et Sociologie », *op. cit.*, pp. 21 et s.

573. — On pourrait penser que, dans une économie d'échange, les transformations du régime de la monnaie ont un effet déterminant sur le contenu du contrat et que la substitution du crédit aux marchandises comme moyens de règlement monétaire transforme le régime libéral du contenu du contrat en régime dirigiste.

Or, cette position est critiquable. Le régime de la monnaie a pour objet simplement la définition de l'unité monétaire et des moyens de paiement, et l'établissement des rapports entre les deux phénomènes. La relation entre la monnaie et les biens et services, relation qui détermine le contenu du contrat, reste toujours en dehors de ce régime car elle est fonction du régime économique proprement dit.

Cela étant, il y a lieu de se demander si l'aménagement autoritaire du contenu des rapports contractuels n'aboutit pas à faire disparaître le contrat en tant que moyen technique d'échange. On pourrait le penser à partir d'une conception du contrat dominée par le principe de l'autonomie de la volonté.

Cependant, la notion de contrat est et a toujours été suffisamment souple pour s'adapter aux données de n'importe quel régime économique. Il faut distinguer la volonté qui crée les rapports contractuels entre les individus et la volonté qui détermine le contenu de ces rapports. Celle-ci est l'expression de besoins économiques éternels; celle-là est, dans sa puissance, fonction du régime économique en cause : dans un régime libéral, son pouvoir est presque sans limite ; dans un régime dirigiste, elle cède plus ou moins la place à l'ordre juridique objectif.

L'analyse des transformations de l'économie libérale nous a mis en face d'une économie qui se développe à travers de perpétuels mouvements des prix, mais où la liberté permet aux différentes catégories d'agents économiques — dans le but de conserver leur situation ou de l'améliorer — d'aggraver ces mouvements ou de renverser leur sens naturel en liant les différents prix les uns aux autres : c'est un dirigisme privé du mécanisme de l'économie libérale. De là, la nécessité d'une direction publique de l'économie nationale qui se substitue au dirigisme privé.

Dans son aspect négatif, cette direction tend à rétablir le mécanisme naturel de l'économie libérale : celui-ci, pour être efficace, doit atteindre le phénomène à sa source en brisant l'interdépendance artificielle que les agents économiques établissent entre les différents prix, par l'interdiction des clauses contractuelles qui engendre cette interdépendance. Dans son aspect positif, la direction publique de l'économie tend à déterminer le contenu des rapports contractuels en fonction d'une politique des prix et des salaires, c'est-à-dire une politique générale des revenus qui tient compte du juste et de l'utile, de la production et de la répartition.

574. — On pourrait penser à utiliser la technique du droit contractuel d'un régime libéral en vue de faire prévaloir un aménagement rationnel du contenu du contrat, en fonction des données d'un nouvel

ordre économique : cette technique interdit les conventions contraires à l'ordre public et prévoit un minimum de réglementation dans les effets du contrat.

En effet, dans la mesure où toute une partie de la direction de l'économie tend à rétablir le mécanisme naturel des prix, il s'agit des règles qui prennent la forme d'une interdiction ; le droit libéral offre le moyen d'adapter le contrat en ce domaine. Or, ce droit reste impuissant devant la réglementation « positive » ou « dispositive » qui vise à modeler directement le contenu contractuel ; cette dernière exige une intervention directe de la loi dirigée contre la liberté économique elle-même.

D'ailleurs, toute tentative de dissimuler la nature de ces procédés, dans la mesure où ils sont dirigés contre la volonté des parties au contrat, n'aboutit qu'à la confusion et à leur condamnation à l'impuissance. On l'a vu à propos de la notion d'imprévision : celle-ci n'est qu'un subterfuge pour masquer les procédés nouveaux qui s'imposent pour l'aménagement du contenu du contrat ; appliquée jusqu'au bout, cette notion aurait empêché tout aménagement du contenu du contrat en fonction de la conjoncture proprement économique.

Ainsi, l'intervention législative en matière des clauses par lesquelles les parties prévoient les modifications économiques, n'a été qu'une consécration de la jurisprudence, qui s'était élaborée à cet égard, tandis que la détermination positive du contenu du contrat a été le résultat presque exclusif des procédés législatifs nouveaux dirigés contre la volonté des parties.

575. — Les règles privées qui réglementent le contenu contractuel n'ont pour objet que de limiter les obligations d'une partie du contrat ou d'augmenter ses droits. A ce titre, elles diffèrent des règles qui déterminent les conditions d'existence du contrat. Cette différence apparaît clairement dans le domaine de la sanction.

La sanction de ces règles n'exige pas qu'on annule ou qu'on résilie le contrat inadapté, mais qu'on applique directement la règle légale à la situation envisagée : le contrat doit subsister mais le débiteur doit être déchargé de la partie de ses obligations qui dépasse la limite légale ; et le créancier doit jouir des droits que lui attribue la règle légale au-dessus de la limite à lui assignée par les clauses du contrat.

576. — On pourrait penser que la structure du droit en vigueur qui répugne à tout infléchissement de la volonté des parties en ce qui concerne la détermination du contenu contractuel, répugne à plus forte raison à l'admission d'un tel procédé de sanction sans intervention législative directe et précise. Or, notre analyse en ce domaine nous a conduit à une conclusion assez inattendue : il suffit que le législateur intervienne et prenne en main le contenu du contrat pour tirer les conséquences logiques de cette intervention à propos de la sanction. Les règles nouvelles diffèrent par leur objet et leur but des règles traditionnelles qu'on sanctionne par la nullité et la résilia-

tion ; et cela suffit pour que nous nous affranchissions de ces sanctions traditionnelles dans la détermination du sort du contrat inadapté.

Ainsi, on assiste, dans la législation et dans la jurisprudence à un phénomène de dissociation entre les sanctions classiques et l'adaptation. La plupart du temps, le contrat inadapté dès sa formation subsiste et on procède à son adaptation selon les règles juridiques méconnues par les contractants. De même, le contrat inadapté du fait des modifications économiques reste tout à fait efficace ; seulement, son contenu doit être adapté aux nouvelles circonstances. C'est une nouvelle catégorie qui s'introduit dans le régime général de la sanction : l'adaptation.

577. — Etudiée en elle-même, l'adaptation nous est apparue comme une simple exécution directe et immédiate de la règle légale à propos du contenu du contrat.

Elle est une exécution directe de la règle violée en ce sens qu'elle n'a pas besoin d'un texte la prévoyant et qu'elle doit être faite malgré toute volonté contraire des parties contractantes, étant une simple mise en œuvre d'une règle légale dispositive.

Elle est une exécution immédiate de la règle légale violée en ce sens qu'elle doit être faite à partir de la mise en vigueur de cette règle pour tous les contrats, même ceux qui ont été déjà valablement conclus, étant loin de toucher l'existence même de ces contrats.

Sur le plan de l'organisation pratique, l'adaptation déplace le centre d'intérêt en ce qui concerne le contrat illicite, de la détermination des titulaires de l'action en dénonciation de l'illicite à la détermination des effets de cette action.

L'adaptation apparaît comme une modification impérative des droits et obligations des parties, opérée par le législateur ou le juge ; elle touche moins le régime de ces droits et obligations que leur contenu. Ainsi, le régime qui s'applique à ces derniers est celui des droits et obligations contractuels.

De même, l'exercice de l'adaptation diffère nécessairement de l'exercice des sanctions classiques. Tout d'abord, la soumission ultérieure des contractants à la règle légale qui avait été violée est une réalisation de leurs droits et obligations tels que les détermine la règle légale qui équivaut à une adaptation volontaire. Ensuite, le problème de la confirmation du contrat illicite cède la place à celui voisin de la renonciation.

578. — Le droit nouveau qui s'occupe de l'adaptation du contrat aux circonstances économiques peut donc s'intégrer facilement dans notre technique contractuelle classique. Peut-être, pour bien poser le problème et ensuite le résoudre, nous suffira-t-il de « lutter contre nous-mêmes lutter contre notre propre formation de juristes..., contre le double préjugé où elle nous enferme..., le préjugé légaliste, le préjugé unitaire... » (2).

(2) L'expression est de M. CARBONNIER, *La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé, loc. cit.*

Bibliographie

OUVRAGES GENERAUX

Alsanhouri (A.), *La théorie du contrat,* Le Caire, 1934 (en arabe).

— *Alwassit,* T. I (*Les sources de l'obligation*), 1952, T. 6 (*Le bail,* 1963) (en arabe).

— *Les sources du droit (subjectif) dans la doctrine musulmane,* Le Caire, T. 4 (en arabe).

Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français,* T. IV, 5e éd., 1905.

Barre (R.), *Economie politique,* T. 2, Paris, 1964 (Thémis).

Baudin (L.), *Traité d'Economie politique,* 1951.

Bettelheim (Ch.), *L'économie soviétique,* Sirey, 1950, T. 12.

Beudant, *Cours de Droit civil français,* T. VIII, 2e éd., Paris, 1936.

Brun (A.) et Galland, *Droit du travail,* Sirey, 1958.

Carbonnier (J.), *Droit civil* (Thémis), T. I, 3e éd., 1960, T. II, 2e éd., 1959.

Cardahi (Ch.), *Droit et morale,* Beyrouth, T. II, 1954, T. III, 1958.

Corbin (A. L.), *Corbin on contracts,* vol. 6, 1951, St- Paul (Minn.), West Publishing C°.

David et Hasard, *Le Droit soviétique,* Paris, 1954, T. I et T. II.

Durand (P.) et Vitu (A.), *Traité du droit de travail,* T. II, 1950.

Gaudemet (Eugène), *Théorie générale des obligations,* 1937.

Ghanem (E.), *Droit de travail,* Le Caire, 1961 (en arabe).

Gsovski (V.) et Grzybowski (K.), *Government law and courts in the Soviet Union and Eastern Europe,* London, Lahay, 1959, T. II.

Gurvitch (G.), *Traité de sociologie,* T. I, 2e éd., Paris, 1962.

Hamel (J.) et Lagarde (G.), *Traité de droit commercial,* T. I, Paris, 1954.

Hauriou, *Principes du droit public,* Paris, 1916.

Hegazi (A.), *La théorie générale de l'obligation,* T. I, 1962 (en arabe).

Hemard (J.), *Les contrats commerciaux,* Paris, 1953, T. II.

Kirah (H.), *Les principes du droit du travail,* T. I, 1re éd., Alexandrie, 1964 (en arabe).

Mahmassani (S.), *La théorie générale des obligations et des contrats en droit musulman,* Beyrouth, 1948, 2e vol. (en arabe).

Marchal (J.), *Cours d'économie politique,* 4e éd., Paris, 1957.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil*, T. I, 1961, T. II, 1962.

MAZEAUD (H. et L.) et MAZEAUD (J.), *Leçons de droit civil*, T. II, 1962, T. III, 1963.

MAZEAUD (H. et L.) et TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, 5e éd., T. I et II.

MORCOS (S.), *La théorie des obligations, T. I*, Le Caire, 1960 (en arabe).

RIPERT (G.), DURAND (P.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, T. I, 1959, T. II, 1961.

RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil*, T. II, Paris, 1937.

RIVERO (J.) et SAVATIER (J.), *Droit de travail*, 3e édit., 1964 (Thémis).

SALEILLES (R.), *De la déclaration de la volonté*, Paris, 1901.
— *Théorie générale de l'obligation*, 3e éd., 1925.

SAVIGNY, *Le droit des obligations*, traduction de G. Gérardin et de P. Jozon, T. II, 1963.

OUVRAGES SPECIAUX ET COURS

Abd ELBAKI (A.), *Le contrat de bail*, T. I (en arabe).

Abou ALKHIR (M.-K.), *La loi de la réforme agraire*, 1re éd., Le Caire, 1961 (en arabe).

AFTALION (A.), *Monnaie et économie dirigée*, Paris, 1948.

ALI (A.-M.) et AZIZ (A.), *Les décrets et arrêtés concernant l'approvisionnement*, 8e éd., Le Caire, 1964 (en arabe).

ALSANHOURI (A.), *Le standard juridique*, Etudes Gény, 1935, T. II, p. 144.

ARAFAH, *Commentaire de la loi de la réforme agraire*, 2e éd., 1954 (en arabe).

ARON (R.), *Dix-huit leçons sur la société industrielle* (coll. Idées), Paris, 1962.

AUJAC (H.), *Economie et sociologie de l'inflation*, in *Droit, économie et sociologie*, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, 1959, p. 235.

BACH (E.-L.), *Influence de la dépréciation monétaire sur les rapports de droit international privé*, in *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, Paris, p. 311.

BARRÈRE (J.), *Influence de la dépréciation monétaire sur les obligations alimentaires*, in *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, Paris, 1961, p. 37.

BARTOLI (H.), *Science économique et travail*, Paris, 1957.

BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956.

BOULANGER, *Le rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. V, 1944, p. 61.

BREDIN (J.-D.), *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. XIII, Paris, 1963.

BRETON, Encycl. Dall., Confirmation.

BRETON (S.), *Essence et existence* (coll. Initiation philosophique), P.U.F., 1962.

BRIÈRE DE L'ISLE (G.), *Le maintien par voie d'autorité du rapport contractuel arrivé à son expiration*, in *Tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, 1960.

CAMERLYNCK (G.-H.), *La révision du contrat de travail*, Etudes Julliot de la Morandière, 1964, p. 89.

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, Paris, 1923.

CARBONNIER (J.), *Sociologie et droit du contrat*, in *Droit, économie et sociologie*, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, 1959.
— *La sociologie de la vente*, in *Travaux et conférences de l'Université libre de Bruxelles*, T. VIII, 1960.
— *Le principe du nominalisme monétaire et ses limites en droit français*, in *Travaux et conférences de l'Université libre de Bruxelles*, T. VIII, 1960.
— *Théorie sociologique des sources du droit*, Cours, Paris, 1960-1961.
— Préface à l'ouvrage collectif *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, Paris, 1961.
— *La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. XIII, Paris, 1963, p. 283.

CHEVALLIER (J.), *Cours de droit civil approfondi*, 1957-1958.

CRAWTHER, *An outline of Money*, London, 1944.

DABIN (J.), *Technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles-Paris, 1936.
— *Droit subjectif*, Paris, 1952.

DECOQ (A.), *Influence de la dépréciation monétaire sur le droit commercial et le droit fiscal des affaires*, in *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, Paris, 1961.

DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.), *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, in *Tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, 1960.

DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, 1899.

DOUCET (J.-P.), *Le franc du 8 mars 1803 au 27 octobre 1958*, in *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, 1961, p. 1.

DICOFF (L.), *L'évolution de la notion du contrat*, Etudes H. Capitant, 1939, p. 201.

DUGUIT (L.), *les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912.

DURAND (P.), Préface à l'ouvrage collectif intitulé *Tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, 1960.
— *Les résultats sociaux des règles de droit et leurs intérêts au regard de la méthodologie juridique*, in *Droit, économie et sociologie*, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, Paris, 1959, p. 61.

DURIEUX-PRECIGOUT, *Précis formulaires des prêts indexés*, Paris, 1958.

DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, 7e éd., P.U.P., p. 1960.
— *Les règles de la méthode sociologique*, 14e éd., Paris, P.U.F.

ELBADRAOUI (A.), *Le contrat de vente dans le Code civil*, 2e éd., 1958 (en arabe).

FLAMANT (M.), *Théorie de l'inflation et politiques anti-inflationnistes*, Paris, 1952.

FLOUR (J.), *Influence du droit public sur le droit privé*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1946-1947, p. 48.

FOURASTIÉ (J.), *Le grand espoir du XXe siècle*, 1963 (coll. Idées).

FRANCISCAKIS (Ph.), *Droit naturel et Droit international privé*, in *Etudes Maury*, T. I, Paris, 1960, p. 113.

FRIEDMANN (W.), *Law in a changing society*, London, 1959.
— *Legal theory*, Fourth edition, London, 1960.

GABILLARD, *La fin de l'inflation*, Sedes, Paris, 1952.

GAUDEMET (J.), *L'élaboration de la règle de droit et les données sociologiques*, in *Droit, économie et sociologie*, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, Paris, 1959, p. 21.

GENDREL (M.), *Influence de la dépréciation monétaire sur le droit de la responsabilité civile*, in *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, Paris, 1961, p. 165.

GENY, *Quelques observations sur le rôle et le pouvoir de l'Etat en matière de monnaie et de papier monnaie,* Mélanges Hauriou, 1929, p. 389.
— *Méthode d'interprétation,* Paris, 1932.

GORLA (G.), *le Contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien.* (Résumé d'un cours), éd. de l'Institut universitaire d'études européennes, 1958.

GUITTON (H.), *Fluctuations économiques,* Paris, Dall., 1958.

GURVITCH (G.), *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit,* Paris, 1935.

HAMEL (J.), *Cours de droit civil approfondi, Recherches sur la théorie juridique de la monnaie,* Paris, 1938-1939.
— *Théorie juridique de la monnaie, Cours de droit civil approfondi,* 1940-1941.
— *Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie, Mélanges Sugiyama,* 1942, p. 83.
— *Cours de droit commercial,* licence 3e année, Paris, 1956-1957.

HAMEL (J.) et LAGARDE (G.), *Traité de droit commercial,* T. I, Paris, 1954.

HARVEN, *L'intervention de l'Etat dans les contrats,* in *Travaux de l'Association Henri Capitant,* 1945, p. 134.

HÉBRAUD (P.), Encycl. Dall. *Acte.*
— *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques,* Etudes J. Maury, p. 419.

HÉMARD (J.), *L'économie dirigée et les contrats commerciaux,* Etudes Ripert, T. II, p. 341.

HOEBEL (E. A.), *The law of primitive man,* Cambridge (Massachussetts), Harvard University, Paris, 1954.

HUSSON (L.), *L'élaboration de la règle de droit et les données sociologiques,* in *Droit, économie et sociologie,* Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, Paris, 1959, p. 35.

JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité,* Paris, 1927.
— *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé,* Paris, 1928.
— *L'essor moderne du concept contractuel,* Etudes Gény, T. II, p. 333.
— *La publication du contrat, Etudes* E. Lambert, 1938, T. III, p. 143.

JULLIOT de La MORANDIÈRE, *L'ordre public en droit privé,* Etudes Capitant, p. 384.
— *l'Evolution moderne du droit des obligations,* cours de doctorat, Paris, 1944-1945.
— *La notion d'ordre public en droit privé,* Cours de Doctorat, Paris, 1950-1951.

KATZAROV (K.), *Théorie de la nationalisation,* Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, T. XVII, Neufchâtel, 1960.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit,* traduction de la 2e éd. de la *Reine Rechtslehre* par Ch. Eisenmann, Paris, 1962.

KHIR ELDIN (Yahya), *La théorie des événements survenus,* Alexandrie, 1958 (en arabe).

KLUYSKEN, *La lésion dans les contrats en Belgique,* in *Travaux de l'Association H. Capitant,* T. I, 1945.

LALOU (H.), *La révision du contrat par le juge,* Semaine internationale de droit, Paris, 1937.

LAMBERT (E.), *Un parère de jurisprudence comparative,* T. XXXIII, bull. de l'Institut de droit comparé de Lyon.

LECAILLON (J.), *Croissance et politique des revenus,* éd. Cujas, Paris, 1964.

Le contrôle des changes, Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1955.

Le problème des hausses de prix, publ. de l'O.E.C.E., 1961.

Lévy (Emm.), *la Vision socialiste du droit*, Paris, 1926.

Lévi-strauss (Claude), *Introduction à l'œuvre de Mauss, Sociologie et Anthropologie*, P.U.F., 1960.

Lévi-bruhl (H.), *Aspects sociologiques du droit*, Paris, 1955.

— *Les résultats sociaux des règles de droit et leurs intérêts au regard de la méthodologie juridique*, in *Droit, économie et sociologie*, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, Paris, 1959, p. 77.

Lhomme (J.), *Economie et sociologie économique*, in *Traité de sociologie*, sous la direction de G. Gurvitch ,T. I, 2e éd., Paris, 1962, p. 341.

Louis-Lucas (P.), L'*autonomie de la volonté en droit interne et en droit international privé*, Etudes H. Capitant, Paris, 1939.

Maine (sir Henry Sumner), *Ancient law*, tenth edition, London, 1885.

Malaurie, Encycl. Dall., *Renonciation*, p. 519.

Mann (F.-A.), *The legal aspects of Money*, second edition, Oxford, 1953.

Mansour (M.-M.), *Les contrats nommés*, Cours, Le Caire, 1956-1957 (en arabe).

Marchal (A.), *Méthode scientifique et Science économique*, Paris, T. II.

— *Sociologie des fluctuations économiques*, in *Traité de sociologie*, sous la direction de G. Gurvitch, T. II, Paris, 1962, p. 422.

— *Science économique et facteurs sociologiques*, in *Droit, économie et sociologie*, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, Paris, 1959, p. 197.

Marchal (J.), *Le mécanisme des prix*, 2e éd., Paris, 1960.

Maury (J.), Rép. Dall., 5e cause.

— *Observations sur les modes d'expression du droit, règles et directives*, études E. Lambert, T. I, 1938, p. 421.

— *Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit*, Etudes Ripert, 1950, T. I, p. 28.

Mauss (M.), *Essai sur le don*, in *Sociologie et Anthropologie*, P.U.F., 1960.

Maynard (G.), *Economie, development and the price level*, London, 1962.

Mazeaud (L.), *Le régime juridique des ententes industrielles et commerciales en France*, recueil Sirey, 1928.

Maynard (G.), *Economic development and the price level*, London, 1962.

Morin (G.), *La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté*, Paris, 1927.

Morel (R.), *Le contrat imposé, Etudes* Ripert, T. II, p. 116.

Niboyet, *La révision du contrat par le juge*, Semaine internationale de droit, 1937.

Nogaro (B.), *La monnaie et les transformations monétaires*, 2 éd., Paris, 1948.

Noirel (J.), *Influence de la dépréciation monétaire sur les contrats de droit privé*, in *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, Paris, 1961.

Nussbaum (A.), *Money in the law, national and international*, 2e éd., 1950.

Olivecrona (K.), *The problem of the monetary unit*, Stockholm, 1957.

Perreau, *Une évolution vers un statut légal des contrats*, études Gény, T. I, p. 354.

Perrot, *Jurisclasseur civil*, fasc. 140-150 (confirmation n° 1).

Piettre, *Les trois âges de l'économie*, Paris, les Editions ouvrières, *Economie et Humanisme*, 1955.

Ponsard, Encycl. civil., Dall., *Paiement.*

Renner (K.), *The institutions of private law and their social function*, London, 1949 (Introduction by C. Kahn Friend).

RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle,* Etudes Gény, 1935, T. II, p. 347.
— *Le régime démocratique et le droit civil moderne,* 2e éd., Paris, 1948.
— *Le déclin du droit,* Paris, 1949.
— *La règle morale dans les obligations,* 4e éd., Paris, 1949.
— *Aspects juridiques du capitalisme moderne,* 2e éd., Paris, 1951.
— *Les forces créatrices du droit,* Paris, 1955.

ROUAST, *Le respect des engagements librement consentis et le contrat dirigé,* Semaines sociales de France, 1938.

ROUBIER, *Théorie générale du droit,* 2e éd., 1951.
— *Droits subjectifs et Situations juridiques,* Paris, 1963.
— *Le droit transitoire,* 2e éd., Paris, Dall. et Sirey, 1960.

SAVATIER (R.), *Du droit civil au droit public,* 2e éd., Paris, 1950.
— *Les métamorphoses économiques et sociales en droit privé d'aujourd'hui,* 1re série, 3e éd., 1964 ; 2e série, 1959.

SAVATIER (J.), *De la théorie de l'imprévision,* in *Etude de droit contemporain,* Contributions françaises aux IIIe et IVe congrès internationaux de droit comparé, Paris, 1959, vol. 1, p. 1.

SCHUMPETER, *Capitalisme, Socialisme et Démocratie,* traduit de l'anglais par Gaël Fain, Paris, Payot, 1963.

SEREBROVSKY et KHALFINA, *Civil law,* in *Fondamental of Soviet law* (éd. par P.-S. Remshkin, 1961, pp. 194 et suiv.).

SEDILLOT (R.), *A.B.C. de l'inflation,* Paris, 1958.

SPENCER (H.), *Principes de sociologie,* 2e éd., Paris, 1891. (Traduit de l'anglais par M.-E. Cazelles.)

STOEANOVICI (C.-A.) et BARASCH (E.-A.), *La théorie de la cause des obligations et son expression dans le projet du Code roumain,* études Capitant, 1939, p. 781.

SZLADITS, *la Révision du contrat par le juge en Hongrie,* semaine internationale de droit, Paris, 1937.

TRASBOT, *Clause-or et valeur-or et le cours légal et force,* études Ripert, T. II, p. 159.

Travaux de l'Association H. Capitant, T. VIII, Paris, 1955.

TUNC (A.), *Ebauche du droit des contrats professionnels,* études Ripert.
— *Immeuble de rapport ou immeuble à charge ?* J.C.P., 1953, T. I, p. 1069.
— *La possibilité de comparer le contrat dans les systèmes juridiques à structures économiques différentes,* extrait de *Rabels Zeitschrift, Für Ausländisches und internationals privatrecht,* 27 jahrgang 1962, Heft 3, Augegben, mai 1963.

VAN HECKE (G.), *Problèmes juridiques des emprunts internationaux,* bibliotheca Visseriano Dessertutionem iris internationale illustrantium, T. XXXIII, La Haye, 1955.

VASSEUR, *Le droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales,* Paris, 1959.

VILLEY (M.), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit,* Paris (nouv. éd.), 1962.

WALINE (M.), *L'individualisme et le droit,* 2e éd., 1949.

YUNG (W.), *La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé suisse,* in *Travaux de l'Association H. Capitant,* T. XIII, Paris, 1963, p. 353.

THESES

ABD ELGAWAD, *La force obligatoire du contrat en droit musulman et la théorie de l'imprévision en droit égyptien,* thèse, Paris, 1957.

ALSADAH, *Les contrats d'adhésion,* Thèse, Le Caire, 1946 (en arabe).

AUVERNY-BENNETOT (J.), *La théorie de l'imprévision, droit privé, droit administratif, droit ouvrier*, Sirey, 1938.

BADAOUI (S.), *Le fait du prince dans les contrats administratifs en droits français et égyptien*, Paris, 1954.

BARREYRE (A.), *L'évolution et la crise du contrat*, Thèse, Bordeaux, 1937.

BELIN (R.), *Les index économiques dans les contrats publics et privés*, Thèse, Paris, 1942.

BERTRAND (C.), *La notion d'ordre public en matière de nullité*, Thèse, Lille, 1939.

BOMSEL, *La théorie de l'imprévision en droit civil français*, Paris, 1922.

BOYER (L.), *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de la cause et de l'acte déclaratif*, Paris, 1947.

BRUNET (M.), *Contrats et guerre*, thèse, Marseille, 1917.

BRUZIN, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, Bordeaux, 1922.

CASSIN (R.), *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques* (exceptio non adimpleti contractus) *et ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, thèse, Paris, 1914.

CATALA (N.), *La nature juridique du paiement*, Thèse, Paris, 1961

DAVY, *La foi jurée, étude de sociologie du problème du contrat*, Thèse lettres, Paris, 1922.

De La MOUTTE (M.), *L'acte juridique unilatéral*, Thèse, Toulouse, 1949.

DOUCET (J.-P.), *Les clauses d'indexation*, Thèse, Paris, 1962.

DROGOUL (F.), *Essai d'une théorie des nullités*, Thèse, Paris, 1902.

DURIEUX (Ph.), *Les prêts indexés*, Thèse, Paris, 1956.

ELCHARKAOUI (G.), *Théorie de la nullité de l'acte juridique en droit civil égyptien*, Le Caire, 1956 (en arabe).

ELKOCHERI (A.), *La notion du contrat international*, Thèse, Rennes, 1962.

ELWAKIL (Chams), *Essai sur la technique de l'obligation volontaire en droit civil égyptien*, thèse, Paris, 1952.

FARAG (T.-H.), *La théorie de l'exploitation dans les contrats en droit civil égyptien*, thèse, Alexandrie, 1957.

FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, Paris, 1963.

FRANÇOIS (J.-J.), *L'indexation dans les contrats et les décisions judiciaires*, Thèse, Rennes, 1959.

GAUDIN DE LAGRANGE (E. de), *De l'intervention du juge dans le contrat*, Montpellier, 1935.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse, Dijon, 1912.

HABACHI (F.), *La prorogation légale des contrats de bail*, Thèse, Le Caire, 1962 (en arabe).

HACHICH (Abd Elhamid), *La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs, étude comparée du droit français et du droit de la République Arabe Unie*, thèse, Caen, 1962.

HOUIN (R.), *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Thèse, Paris, 1937.

HUBRECHT (G.), *La dépréciation monétaire et la stabilisation*, Thèse, Strasbourg, 1928.

JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, Dijon, 1909.

LAGARDE (P.), *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959.

LELART (M.), *Les fondements actuels de la valeur de la monnaie*, Thèse, Paris, 1962.

LESCUYER (G.), *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées*, Paris, 1962.

LEVEL (P.), *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, Paris, 1956.

LOUVEAU (A.), *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, Rennes, 1920.

LUCAS (L.), *Volonté et cause*, thèse, Dijon, 1918.

LUTZESCO, *Essai sur les nullités de l'acte juridique*, thèse, Paris, 1938.

MAGNON DE BORNIER (J.), *Essai sur la théorie de l'imprévision*, Paris, 1924.

MALAURIE (Ph.), *L'ordre public et le contrat*, Paris, 1953.

MAURY (J.), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Paris, 1920, T. I.

MARNIÈRE (E. de la), *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, thèse, Paris, 1930.

MOURSI (F.), *Les relations financières entre l'Egypte et la Grande-Bretagne depuis 1939*, thèse, Paris, 1948.

NASSIF (Me A.), *La détermination de la monnaie de paiement dans les obligations en Egypte et au Liban*, thèse, Le Caire, 1943.

PATARIN (J.), *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*, Paris, 1952.

PÉDAMON (M.), *La réforme monétaire de 1948 en Allemagne occidentale et le Droit des obligations*, 1954.

PERRIN (X.), *La conversion par réduction des actes juridiques*, Thèse, Dijon, 1911.

PÉROT-MOREL (Marie-Angèle), *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Paris, 1961.

PIÉDELIÈVRE (J.), *Des effets produits par les actes nuls*, thèse, Paris, 1911.

PIZE, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, thèse, Lyon, 1897.

POPESCO (C.-M.), *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, 1938.

RADOUANT (J.), *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse, 1921.

RIÈGE (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, 1961.

RUSTAN (M.-J.), *Le fondement de la force obligatoire du contrat*, Thèse, Montpellier, 1949.

STARCK (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947.

STOYANOVITCH (C.), *De l'intervention du juge dans le contrat en cas de circonstances imprévues*, thèse, Aix, 1941.

TANAGHO (S.), *L'obligation judiciaire*, Thèse, Paris, 1964.

TANDOGAN (Haluk), *La nullité, l'annulabilité et la résiliation partielle des contrats* Thèse, Genève, 1952, Lausanne.

TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, 1963.

TURMEL (Laure), *L'imprévision dans le droit anglais des contrats*, Thèse, Paris, 1954.

VEDEL (G.), *Essai sur la notion de la cause en droit administratif français*, thèse, Toulouse, 1934.

VENIAMIN (V.-L.), *Essai sur les données économiques de l'obligation civile*, Paris, 1931.

VERDIER (J.-M.), *Les droits éventuels*, Paris, 1953.

VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports du droit privé*, thèse, Nancy, 1922.

ZAKI (H.), *L'imprévision en droit anglais*, Paris, 1930.

ZAKZAS, *Les transformations du contrat et leur loi*, Paris, 1939.

ZEITOUN (G.-M.), *Le contrôle des prix en Egypte depuis la Deuxième Guerre mondiale, thèse*, Paris, 1959.

ARTICLES DE REVUES

ABD ELGAWAD (M.), *Le domaine d'application de la théorie des événements survenus*, Almohamah, oct. 1958, pp. 188 et suiv. (en arabe).

ALLOUBAH (A.), *La théorie des événements survenus, Almohamah*, septembre 1959, pp. 248 et suiv. (en arabe).

ALKOURANI, *La théorie de l'imprévision dans la législation civile des pays arabes*, Almohamah, sept. 1959, pp. 217 et suiv.

ALMATTIT (A.), *La liberté contractuelle et l'ordre public économique*, Almohamah, janv. 1961, pp. 714 et suiv. (en arabe).

ALSANHOURI (A.), *L'application de la théorie des événements survenus aux contrats de vente conclus avant la loi de la réforme agraire*, Almohamah, sept. 1960, pp. 107 et suiv.

Article anonyme publié dans l'*Economist* du 23-6-1951, traduit en français dans *Problèmes économiques* n° du 11-9-1951.

AUJAC (H.) et MAINGAY (Y.), *Influence du comportement des groupes sociaux sur le développement d'une inflation, Economie appliquée*, 1950, pp. 280 et suiv.

AZARD (P.), *L'instabilité monétaire et la notion d'équivalence dans le contrat*, J.C.P., 1953, T. I, 1092.

BARBY et PLAISANT, *Libre concurrence et ententes industrielles*, 1954, chron., pp. 67 et suiv.

BAUMGARTNER (W.), *Libéralisme et discipline*, rev. pol. et parlem., avril 1961, pp. 25 et suiv.

BÉCHADE (Y), *La révision légale des rentes privées en* 1960, J.C.P., 1960, I, p. 1545.

— *Les aménagements apportés en* 1963 *à la législation sur la révision des rentes*, J.C.P., 1963, I, p. 1800.

BOULANGER (J.), *Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques*, R.T.D.C., 1950, pp. 1 et suiv.

BRÈTHE DE LA GRESSAYE (J.), *De la connaissance pratique du droit et de ses difficultés*, 1952, p. 89.

CAPITANT, *Les succédanés de la clause « payable en or »*, D., 1926, chron., p. 1.

— *Le sort du contrat contenant une clause annulée comme contraire aux lois sur le cours légal et le cours forcé du billet de banque*, D. H., 1927, chr. 1.

— *L'effet de la suppression du cours forcé sur les clauses de paiement en or ou en monnaie étrangère*, D., 1928, chr. 26, p. 53.

CHEHATA (Ch.), *Le système des nullités en droit musulman hanéfite et en droit comparé*, communication faite à la section de droit oriental du VI[e] Congrès international de droit comparé tenu à Hambourg (30 juillet-4 août 1962), revue *Al-Olum-Al Quanoniya Wal Iqtisadyia*, Le Caire, janvier 1963, pp. 1 et suiv.

CHEVALIER, *La volonté, source d'obligation dans le projet du Code civil révisé, Al Qunoun Walektiçade*, Le Caire, an XIII, pp. 160 et suiv.

COING (H.), *Signification de la notion de droit subjectif*, archives de philosophie du droit, T. IX (*le Droit subjectif en question*), 1964, pp. 1 et suiv.

Cuq (E.), *Etude sur les contrats de l'époque de la première dynastie babylonienne,* Nouvelle revue d'histoire du droit, 1910, pp. 423 et suiv.

Dabin (J.), *Droit subjectif et subjectivisme juridique,* Archives de philosophie du droit, T. XX, pp. 17 et suiv.

De Félice (P.), *Le décret du 5 octobre 1960 sur les fermages,* Gaz. Pal., 1960, 2, doct. 53.

Delivanis, *L'intensité des pressions inflationnistes dans l'économie sous-développée,* revue de science financière, 1957.

De Soto (J.), *L'imprévision et l'économie dirigée,* J.C.P., 1950.I.817.

Durand (P.), *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel,* R.T.D.C., 1944, pp. 73 et suiv.
— *Aux frontières du contrat et de la relation du travail,* sem. jur., 1944, T. I, pp. 387 et suiv.
— *Rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat,* R.T.D.C., 1948, pp. 155 et suiv.
— *Naissance d'un droit nouveau, du droit du travail au droit de l'activité professionnelle,* Droit social, 1952, p. 437.
— *La connaissance des phénomènes juridiques et les tâches de la doctrine moderne du droit privé,* D. 1956, chr., p. 73.

Eisenmann (Ch.), *Droit public et droit privé,* revue de droit public et de science politique, 1952, pp. 903 et suiv.

Eliachevitch, *Le droit contractuel dans le système du droit soviétique,* R.T.D.C., 1938, pp. 403 et suiv.

Esmein (P.), *L'intervention de l'Etat dans les contrats,* in *Travaux de l'Association Henri Capitant,* 1946, p. 126.
— *Le prêt d'argent avec clause d'échelle mobile,* Gaz. Pal., 1951.2, doct., pp. 2 et suiv.
— *La variation du montant des dettes de sommes d'argent en fonction d'un indice économique,* Gaz. Pal., 1952, 2, doctrine, pp. 2 et suiv.
— *La validité du prêt d'argent indexée,* Gaz. Pal., 1957.2, doctrine, p. 49.
— *L'interdiction de certaines clauses d'indexation de dettes de sommes d'argent,* Gaz. Pal., 1959, 1, 18.
— *Indexations permises et indexations prohibées,* Gaz. Pal., 1959.1, doct., 33.
— *La querelle des indexations,* Gaz. Pal., 1963.1, doctrine, p. 1.

Fain (G.), *Techniques de stabilisation monétaire,* Banque, 1948, pp. 208 et suiv.

Fau et Debeaurain, *Indexations prohibées, indexations permises,* Ann. loy., 1959, 233 ; et 1960, 81.

Fourastié (J.) et Courthéoux (P.), *Les limites d'une politique des revenus,* revue *Direction,* mars 1963, pp. 277 et suiv.

Fréjaville (M.), *Les clauses d'échelle mobile,* D. 1952, chr. VIII.

Gazier (A.), *Socialisme, dirigisme et répartition,* revue *Socialiste,* 1947 (janv.-mai), pp. 237 et suiv.

Gendi (B.), *La théorie de la cause et la théorie du motif,* Almohamah, déc. 1961, pp. 337 et suiv.

Gény (F.), *Validité juridique de la clause "payable en or",* R.T.D.C., 1926, p. 1.
— *Cours légal et cours forcé,* R.T.D.C., 1928.

Guitton (H.), *Le problème économique de l'indexation,* Rev. économique, 1955, p. 215.

Hamel (J.), *Vers un droit économique,* in *Economie contemporaine,* nov.-déc. 1951, p. 1.
— *Les formules nouvelles de financement par appel au public,* D. 1952, chr., p. 161.
— *Clauses d'échelle mobile et droit monétaire,* rev. économique, 1955, p. 174.

HÉBRAUD (P.), *L'or, le franc et les clauses monétaires*, D. 1948, chr., p. 137.

HUBERT, *Contribution à l'étude des origines de la notion de droit naturel*, Arch. de phil. du droit et de soc. jur., 1933, 3-4.
— *Observations sur la nature et la validité de la clause d'échelle mobile*, R.T.D.C., 1947, p. 1.

HUBRECHT (G.), *L'extenison au prêt de la validité de la clause d'échelle mobile*, Gaz. Pal., 1957, II, doct., 30.

JAMES (E.), *Revue économique*, 1955, p. 166 (article liminaire).

JOSSERAND (L.), *Le contrat dirigé*, D.H., 1933, chr., p. 89.
— *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, R.T.D.C., 1937.
— *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, D. H., 1937, p. 1.
— *Les dernières étapes du dirigisme contractuel ; le contrat forcé et le contrat légal*, D. 1940, chr. 1.

KAYSER (P.), *La nullité d'ordre public*, R.T.D.C., 1933, p. 115.

LEAUTÉ (Jacques), *Les contrats types*, R.T.D.C., 1953, p. 429.

LÉVY (J.-Ph.), *Clauses d'échelle mobile et prêt d'argent*, J.C.P., 1950, 1, p. 840.
— *Après l'arrêt du 27 juin 1957, l'échelle mobile, les clauses monétaires*, J.C.P., 1957, 1, 138.
— *Après le tournant financier de fin 1959*, J.C.P., 1959, 1, 1472.

LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.-D.), *La réglementation des ententes, le recul du contrôle judiciaire*, D. 1, 1963, chr. VI, pp. 33 et suiv.

MARNIERRE (E.-S. DE LA), *Monnaie de compte et Monnaie de paiement*, D. 1951, chr. XXXIX.

MAURY (J.), *Rapport aux troisièmes journées franco-latino-américaines de Toulouse* (1950), revue internationale de droit comparé, 1951, p. 485.

MAZEAUD, *Défense du droit privé*, D. 1946, chr., p. 17.

NOGARO (B.), *La clause payable en or*, R.T.D.C., 1925, p. 27.
— *Les principes fondamentaux du droit monétaire français*, R.T.D.C., 1929, p. 949.

OURLIAC (P.) et de JUGLART (M.), *Le décret du 7 janvier 1959 sur le prix des baux à ferme*, J.C.P., 1959, 1, 1501.
— *Le statut des baux ruraux, réformes, retouches et repentirs*, J.C.P., 1961.1. 1597.

PAGE (L.), *Indexation*, Jour. Not., 1959, art. 45-775.
— *A propos des indexations*, Journ. Not., 1959, art. 45-986.

PICARD et PRUDHOMME, *De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations*, R.T.D.C., 1912, p. 61.

PIETROWSKI (V. Roman), *De la grande importance que le droit commercial présente pour la coopération pacifique entre les nations, le nouveau Droit yougoslave*, 1958, pp. 5-8.

PIETTRE (A.), *Vers l'économie concertée*, journal *le Monde*, 15, 16 et 17-5-1963.

PLAISANT (R.), *Projets de lois relatifs aux ententes et aux trusts*, D. 1952, p. 93. D. 1960, chr., p. 61.

PLAISANT et LASSIER, *Les trois premières années d'une politique des ententes*, D. 1960, chr. p. 61.

PONSARD (C.), *L'actualité de la théorie quantitative de la monnaie, étude et conjoncture*, février 1958, p. 167.

RAYNAUD, *La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en droit civil*, R.T.D.C., 1936, p. 763.

RIVERO, *Droit public et droit privé, conquête ou* statut quo, D. 1947, chr., p. 17.

ROUAST, *Droits discriminatoires et Droits contrôlés*, R.T.D.C., 1944, p. 1.

RUEFF (J.), *La restauration du franc*, Rev. d'économie politique, numéro spécial, Paris, 1960.

RYZIGER (P.-F.), *Le contrat de concession exclusive de vente, face au délit de refus et à la réglementation sur les restrictions à la concurrence dans le Marché commun*, Gaz. Pal., 1963, 1, doctr., p. 12.

SALEILLES (R.), *Bull. Soc. et Lég.*, 1906 (question n° 9).

SAVATIER (R.), *La nouvelle législation des indexations*, D. 1959, chr., p. 63.

SIMIAND (F.), *La monnaie, réalité sociale, Annales sociologiques*, série D., 1934.

SURGY (M. de), *Les difficultés d'application du décret du 7 janvier 1959 relatif à la conversion des fermages indexés uniquement sur le blé et son incidence sur les contrats en cours*, S., 1960, chr., 55.

TOMASI, *La nouvelle loi allemande sur les cartels*, R.T.D.C., p. 35.

TOULEMON (A.), *Les étapes de la jurisprudence en matière d'échelle mobile*, R.T.D.C. 1958.687.

TUNC (A.), *Force majeure et absence de faute*, R.T.D.C., 1945.

VASSEUR (M.), *Le droit des clauses monétaires et les Enseignements de l'économie politique*, R.T.D.C., 1952, p. 431.
— *Echelle mobile* 53, J.C.P., 1954, chr. 1.
— *L'indexation à l'étranger*, Rev. économique, 1955, p. 319.

VILLEY (M.), *Essor et décadence du volontarisme juridique*, in *Arch. de phil. du droit*, 1957, p. 87.

VOIRIN (P.), *Rev. Critique*, 1926, p. 337.
— *D. C.*, 1944, L. 1.

NOTES ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

AUTESSERRE, note sous civ., 3-11-1953, S. 1954, 1, 17.

B. B., note sous trib. com. Seine, 13-6-1961, J.C.P., 1962, II, 12453.

BECQUÉ (F.), note sous soc., 14-5-1943, J.C.P., 1943, II, 2337.
— Note sous civ., 28-2-1950, J.C.P., II, 5599.

BESSON, *Conclusions sur l'affaire Guyot*, c. Praquin, J.C.P., 1957, II, 10093 *bis*.

BOISTEL, note sous civ., 11-2-1873, D. P. 1873, 1, 177.

CAPITANT (H.), note sous Paris, 21-12-1916, D. P. 1917, 2, 23.
— Note sous C. A. de Rouen, 16-11-1922, D. H., 1926, II, 57.
— Note sous civ., 17-5-1927, D. 1828, 1, 25.

CARBONNIER, obs. sur C. A. Poitiers, 30-4-1941, R.T.D.C., 1942.
— Obs. sur civ., 9-12-1942, R.T.D.C., 1943, 123.
— Obs. sur req., 9-12-1946, R.T.D.C., 1947, 199.
— Obs. sur civ., 28-2-1950, R.T.D.C., 1950, 369.
— Obs. sur T. C. de La Flèche, 30-1-1951 ; T. C. de la Seine, 27-2-1951 ; C. A. d'Aix, 2-4-1951, R.T.D.C., 1951, p. 394.
— Obs. sur soc., 22-11-1951, R.T.D.C., 1952, p. 83.
— C .A. de Paris, 16-12-1952 et C. A. de Paris, 27-11-1952, R.T.D.C., 1953, p. 348.
— Obs. sur civ., 3-11-1953, R.T.D.C., 1954, 1, 120.
— Obs. sur civ., 30-3-1955 et 4-7-1954, R.T.D.C., 1955, 516.
— Obs. sur civ., 27-6-1957, R.T.D.C., 1957, 553.
— Obs. sur soc., 10-1-1959, R.T.D.C., 1959, 556.

DELAIRE, note sous civ., 8-5-1950, J.C.P., 1950, II, 5602.

DELAUME (G.-R.), note sous soc., 7-11-1947, S., 1948, 1, 164.

DEMOGUE, note sous trib. com. de Marseille, 5-11-1915, S. 1916, 2, 4.

FRÉGAVILLE (M.), note sous cass. com., 12-3-1952, D. 1952, J., 337.

ESMEIN (P.), note sous civ., 17-5-1927, S. 1927, 1, 289.
— Note sous civ., 4-12-1929, S. 1931, 1, 49.
— Note sous Nancy, 11-2-1931, S., 1932, II, 97.
— Note civ., 9-5-1957, D. 1957, 1, 665.
— Note sous Paris (2e ch.), 2-12-1960, J.C.P., 1961, II, 11927.
— Note sous civ., 4-12-1962, J.C.P., 1963, II, 13033.
— Note sous civ., 26-4-1963, J.C.P., 1963, II, 13271.

HAMEL (J.), note sous cass., 21-6-1950, D. 1951, 749.

HAURIOU (M.), note sous Cons. d'Etat, 23-3-1906, S. 1908, 3, 17.
— Note sous Cons. d'Etat, 20-3-1916, S. 1916, 3, 17.

HÉMARD (J.), obs. sur cass., 28-2-1950, R.T.D. Com., 1950, 459.

HUBERT, note sous req., 18-2-1929, S. 1930, 1, 1.
— Note sous cass., 31-12-1928, S. 1930, 1, 41.
— Note sous req., 1-8-1929, S. 1930, 1, 97.

HUBRECHT, note sous trib. prem. inst. Perpignan, 22-12-1959, J.C.P., 1960, II, 11610.

HUGUENY, note sous civ., 6-6-1921, S. 1921, 1, 193.

J.-P. B. note sous soc., 16-5-1952, S. 1953, 1, 58.

LABBÉ, note sous civ., 11-2-1873, S. 1873, 1, 97.
— Note sous civ., 17-7-1883, S. 1884, 1, 305.

LALOU (H.), note sous trib. Seine, 17-3-1919, D., 1924, 2, 17.
— Note sous T. C. Melun, 5-6-1924, D. 1924, 2, 97.

LÉAUTÉ (J.), note sous Chambéry, 26-5-1953 et Paris, 23-6-1953, D. 1954, J., 365.

LYON-CAEN, note sous appel Paris, 1-2-1960, D. 1960, J. 336.

LÉVY (J.-Ph.), note sous cass., 21-6-1950, J.C.P., 1950, II, 5812.
— Note sous trib. civ. de la Seine, 6-6-1952, J.C.P., 1952, 7129.
— Note sous civ., 27-12-1954, J.C.P., 1955, II, 8493.

MALAURIE (Ph.), note sous Poitiers, 18-12-1953, D. 1954, J., 519.
— Note sous civ., 30-3-1955 et 4-7-1955, D. 1956, J., 19.
— Note sous soc., 4-5-1956, D. 1957, J., 313.

MATER, conclusions sur 17-5-1927, D. 1928, 1, 25.
— Conclusions sur 3-6-1930 et 14-7-1931, D. 1951, 1, 5.

MAZEAUD (H. et L.), obs. sur req., 29-4-1941 ,R.T.D.C., 1940-1941, p. 428.
— Obs. sur civ. com., 28-16-1949, R.T.D.C., 1950, p. 183.
— Obs. sur C. A. Paris, 4-5-1951, R.T.D.C., 1951, p. 524.
— Obs. sur C. A. Toulouse, 11-3-1954 ; C .A. Grenoble, 25-2-1954, R.T.D.C., 1954, p. 504.
— Obs. sur C. A. de Rennes, 13-4-1954 et C. A. de Besançon, 22-6-1954, R.T.D.C. 1954, p. 665.
— Obs. sur C. A. de Paris, 23-10-1954, R.T.D.C. 1955, p. 126.
— Obs. sur C. A. d'Aix, 13-12-1955, R.T.D.C. 1956, p. 357.
— Obs. sur civ., 27-6-1957, R.T.D.C. 1957, p. 698.

MIHURA (J.), obs. sur cass. civ., 3-11-1953, J.C.P., 1953, II, 7840.

NIBOYET, note sous cass., 21-6-1950, S. 1951, 1, 1.

OURLIAC et DE JUGLART, note sous soc., 27-5-1949, J.C.P., II, 5144.

PÉDAMON, note sous civ., 4-12-1962, D. 1963, J., p. 698.

PERROUX, note sous civ. 4-7-1934, S. 1938, 1, 217.

RIPERT (G.), note sous Aix-en-Provence, 2-4-1951, D. 1951, J., 401.
— Note sous civ., 27-6-1957, D. 1957, J., 649.

SAVATIER (R.), note sous civ., 3-6-1930 et 9-7-1930, D., 1931, 1, 5.
— Note sous T. C. Lille, 2-12-1949, D. 1950, J., 566.

— Note sous T. par. de Lannion, 16-12-1949, D. 1950, J., 115.
— Note sous soc., 16-12-1951, D. 1951, J. 433.
— Note sous soc., 3-1-1952, D. 1952, J., 433.
— Note sous soc., 16-5-1952, D. 1952, 721.
— Note sous civ., 3-11-1953, D. 1954, J., p. 1.
— Note sous app. Paris, 11-3-1960, D. 1960, 767.

STARCK (B.), note sous civ., 20-10-1948, S., 1949, 1, 90.
— Note sur Paris, 12-4-1959, recueil général des lois et de la jurisprudence, 1960.
— Note sur T. Seine, 30-5-1959, recueil général des lois et de la jurisprudence, 1960.
— Note sur Paris, 2-6-1959, recueil général des lois et de la jurisprudence, 1960.

TOUJAS, note sous C. A. Toulouse, 12-12-1946, J.C.P., 1947, II, 3573.

TUNC (A.), note sous soc., 20-2-1953, J.C.P., 1953, II, 7540.

VOIRIN (P.), note sous civ. 20-3-1929, D. 1930, 1, 13.
— Note sous civ., 28-6-1956, D. 1957, 1, 229.

WAHL, note sous cass., 7-6-1901, S. 1902, 1, 513.

X., note sous civ. 6-6-1921, D., 1921, 1, 73.

Note anonyme sous C. A. de Poitiers du 30-7-1941, J.C.P., 1942, II, 1889.

Vu,
Le Président de la thèse :
A. TUNC.

Vu,
Le Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris :
G. VEDEL.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris :
J. ROCHE.

Table des Matières

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

LE CONTENU DU CONTRAT ET LES CIRCONSTANCES ECONOMIQUES 13

TITRE PREMIER

LES CIRCONSTANCES ECONOMIQUES INFLUANT SUR LE CONTENU DU CONTRAT 15

CHAPITRE PREMIER. — *Le contrat et l'ordre proprement monétaire* 17

Section I. — Le principe du nominalisme monétaire étendu au contrat .. 18

Sous-Section I. — Le nominalisme interprétatif de la volonté et le contenu du contrat 19

§ 1. Le nominalisme monétaire, principe interprétatif 20

§ 2. Nominalisme interprétatif et adaptation du contenu du contrat .. 22

§ 3. La valeur de la doctrine libérale à la lumière des données économiques 24

Sous-Section II. — Le nominalisme impératif et le contenu du contrat .. 25

§ 1. Le nominalisme monétaire, principe impératif 26

§ 2. Nominalisme impératif et adaptation du contenu du contrat 28

§ 3. La valeur de la doctrine dirigiste à la lumière des données économiques 30

Section II. — L'autonomie du contrat à l'égard de l'ordre monétaire 31

Sous-Section I. — Les données économiques et la séparation entre l'ordre monétaire et le contenu de l'obligation monétaire 31

§ 1. L'obligation monétaire et l'unité monétaire 33

A. — A la recherche de l'essence de l'unité monétaire 33

B. — L'unité monétaire « formule » de l'engagement monétaire . 35

§ 2. L'obligation monétaire et les moyens de paiement 36
§ 3. L'obligation monétaire et le nominalisme monétaire 39
A. — La relation entre l'unité monétaire et les moyens de paiement 39
B. — Le nominalisme monétaire et le montant de l'obligation .. 41
Sous-Section II. — Les données juridiques et la séparation entre l'ordre monétaire et l'obligation monétaire 42
§ 1. La constitution du système monétaire français et égyptien 42
A. — Droit français 42
B. — Droit égyptien 45
§ 2. L'évolution du système monétaire français et égyptien 45
A. — Droit français 45
B. — Droit égyptien 48

CHAPITRE II. — *Le contrat et l'ordre économique* 51
Section I. — La distinction entre le contrat et son contenu 54
Sous-Section I. — Le contrat, instrument indispensable à l'échange 54
§ 1. La genèse du phénomène contractuel 55
§ 2. L'irréductibilité du phénomène contractuel 57
Sous-Section II. — Le contenu du contrat, fonction de l'ordre économique 59
§ 1. Le contenu du contrat et le droit subjectif 59
§ 2. Le contenu du contrat et la liberté contractuelle 61
§ 3. Le contenu du contrat et l'ordre économique, libéral ou dirigiste . 63
Section II. — L'appréciation du contenu du contrat 66
Sous-Section I. — Les éléments subjectifs et objectifs du contenu du contrat 67
§ 1. Conception subjective de la cause et le contenu du contrat 67
§ 2. Le reflet des éléments objectifs sur la cause, et le contenu du contrat 69
Sous-Section II. — La qualification juridique du contenu du contrat 72

CHAPITRE III. — *Les transformations de l'ordre économique libéral et leurs répercussions sur l'organisation du contenu du contrat* 75
Section I. — Equilibre économique et libre détermination des prix 76
Sous-Section I. — Libre détermination des prix et croissance 77
§ 1. Libre détermination des prix et quantité de la monnaie 78
§ 2. Libre détermination des prix et l'offre et la demande réelles .. 80
§ 3. Libre détermination des prix et croissance économique 81
Sous-Section II. — Croissance économique et dirigisme privé 84
§ 1. L'adaptation de la structure de la production à la structure de la consommation et la réaction des agents économiques 85
§ 2. L'action des agents économiques sur la formation des prix et les principes de la société libérale 86
Section II. — Equilibre économique et la nécessité de la direction des prix . 90
§ 1. La protection des revenus stables et l'indexation 92
§ 2. Le rétablissement des mécanismes naturels de l'économie libérale et les indexations entraînant la rigidité dans l'économie 94
§ 3. La régulation consciente des prix 96

Titre II

LE CONTENU DU CONTRAT REPONDANT AUX CIRCONSTANCES ECONOMIQUES 97

Chapitre premier. — *Les clauses par lesquelles les parties font varier le contenu contractuel en réponse aux circonstances économiques* 101

Section I. — La jurisprudence à la recherche du contrôle économique des clauses prévoyant les fluctuations 103

Sous-Section I. — La validité des clauses par lesquelles les parties prévoient les modifications économiques dans les relations internes 104

§ 1. Les interprétations monétaires de la jurisprudence 105

§ 2. Les inspirations économiques de la jurisprudence 107

Sous-Section II. — La validité des clauses par lesquelles les parties prévoient les modifications économiques dans les relations internationales . 112

§ 1. La validité de toutes les clauses dans les relations internationales . 112

§ 2. Le sens de la validation des clauses prévoyant les modifications économiques dans les relations internationales et les règles de conflit des lois 114

Section II. — Le contrôle économique des clauses prévoyant les fluctuations 117

Sous-Section I. — Le contrôle économique avant les ordonnances françaises de 1958 et 1959 117

§ 1. Le contrôle économique dans la doctrine 118

A. — La notion de société 118

B. — La notion de contrepartie réelle 121

C. — La notion de l'équivalence 122

§ 2. La définition de l'équivalence du contrôle économique 123

A. — Le critère du contrôle économique 123

B. — Le cadre technique du contrôle économique 124

Sous-Section II. — Le contrôle économique des clauses de garanties dans les ordonnances de 1958 et 1959 126

§ 1. Le double critère de l'ordonnance de 1959 : objet du contrat et activité de l'une des parties 127

§ 2. Critique du critère double de l'ordonnance de 1959 : à la recherche d'un critère unique 128

Chapitre II. — *L'organisation autoritaire du contenu contractuel en réponse aux circonstances économiques* 132

Section I. — La recherche de la limitation du contenu contractuel aux prévisions des parties dans le cadre des techniques classiques 134

Sous-Section I. — La limitation du contenu contractuel aux prévisions des parties, recherchée dans la formation du contrat 136

§ 1. La limitation du contenu contractuel et le « terme extinctif tacite » 137

§ 2. La limitation du contenu contractuel et les vices du consentement 139

A. — L'erreur 139

B. — La lésion 140

Sous-Section II. — La limitation du contenu contractuel aux prévisions des parties, recherché dans l'exécution du contrat 142
§ 1. La limitation du contenu contractuel et la force majeure 142
A. — La force majeure, événement imprévisible et irrésistible .. 143
B. — La force majeure, notion complémentaire de celle du contenu de l'obligation 144
§ 2. La limitation du contenu du contrat contractuel et la situation juridique créée par le contrat 147
A. — L'organisation du contenu contractuel et la portée des obligations 147
B. — L'organisation du contenu contractuel et la portée des droits 150
C. — L'organisation du contenu contractuel et le pouvoir créateur du juge 151
Sous-Section III. — La notion d'imprévision, réaction de la doctrine libérale 153
§ 1. L'imprévision et l'autonomie de la volonté 153
§ 2. L'imprévision et l'instabilité économique 156
Section II. — L'organisation autoritaire du contenu contractuel par de nouvelles techniques 158
Sous-Section I. — L'organisation du contenu contractuel, remède à des circonstances exceptionnelles 160
§ 1. Les révisions du temps de la crise 160
A. — Les baux 160
B. — Les rentes viagères 160
C. — La révision générale pour imprévision 162
§ 2. Le blocage et la taxation en temps de crise 163
A. — Le blocage 163
B. — La taxation 163
Sous-Section II. — L'organisation autoritaire du contenu contractuel, expression d'une économie en croissance 163
§ 1. La fixation des salaires 166
§ 2. La fixation des loyers 168
A. — Baux commerciaux en France 168
B. — Baux ruraux 169
C. — Baux d'habitation 171
§ 3. La fixation des prix de vente 172

DEUXIÈME PARTIE

LE SORT DU CONTRAT ET LES CIRCONSTANCES ECONOMIQUES 175

TITRE PREMIER

LE PHENOMENE DE DISSOCIATION ENTRE LES SANCTIONS TRADITIONNELLES ET L'ADAPTATION 177

CHAPITRE PREMIER. — *Le phénomène de dissociation entre la nullité et l'adaptation* 179

Section I. — Les raisons pratiques de la dissociation : le cercle vicieux des théories de la nullité 180

Sous-Section I. — Exposé des théories de la nullité 180

§ 1. La nullité, manière d'être de l'acte juridique 181

A. — Le fondement de la nullité 182

B. — La nature de la nullité 182

C. — Le droit d'agir 184

§ 2. La nullité, sanction de la règle légale viciée 185

A. — Le fondement de la nullité 185

B. — La nature de la nullité 186

C. — Le droit d'agir 188

Sous-Section II. — Appréciation critique des théories de la nullité 189

§ 1. La nullité sanction et les exigences de l'ordre économique 189

A. — Le droit d'agir et le but de la nullité 190

B. — L'exclusion d'un intéressé et le but de la nullité 192

§ 2. — La nullité et les exigences de la technique juridique 194

A. — La nullité et l'existence de l'acte juridique 194

B. — La division des nullités, nécessité juridique 196

Section II. — Le fondement théorique de la dissociation : La distinction entre les règles concernant la formation du contrat et les règles concernant son contenu 197

Sous-Section I. — Dualité de la sanction du droit contractuel : nullité et adaptation 198

§ 1. Règles concernant la formation du contrat et règles concernant ses effets 199

§ 2. La nullité et l'adaptation 200

§ 3. Rapprochement avec les catégories de la sanction en droit musulman 202

Sous-Section II. — Le domaine respectif de la nullité et de l'adaptation . 204

§ 1. Le domaine de la nullité 205

A. — Le consentement 205

B. — L'objet 208

C. — La cause 209

§ 2. Le domaine de l'adaptation 210

A. — Le domaine de l'adaptation et le régime libéral 210

B. — Le domaine de l'adaptation et le régime dirigiste 212

Section III. — Les manifestations de la dissociation : la sanction du contrat inadapté dès sa formation 213

Sous-Section I. — La sanction du contrôle des clauses faisant varier le contenu contractuel en réponse aux circonstances économiques 215

§ 1. Le caractère déterminant de la clause 215

§ 2. Le maintien du contrat assorti d'une clause illicite et la suppression de la clause 216

Sous-Section II. — La sanction des règles organisant le contenu contractuel en réponse aux circonstances économiques 220

§ 1. La modification du contrat lorsqu'il existe un texte 221
§ 2. Les solutions jurisprudentielles en l'absence de textes : la taxation 221
A. — L'affirmation du principe de nullité 222
B. — L'admission de la restitution du trop versé : Revirement de la Cour de cassation française sur le principe de la nullité, sanction de droit commun 224

CHAPITRE II. — *Le phénomène de dissociation entre la résiliation et l'adaptation* 227

Section I. — La survivance du contrat aux modifications économiques postérieures à sa conclusion 228
§ 1. L'imprévisibilité 229
A. — Imprévisibilité de l'événement et imprévisibilité de ses effets 229
B. — La portée juridique de la notion d'imprévisibilité : l'imprévisible et l'onéreuse ou l'anormal 230
C. — L'intérêt pratique de la distinction entre l'imprévisibilité de l'événement et l'imprévisibilité de ses effets 232
§ 2. Le général et l'exceptionnel dans la notion d'imprévision 234
A. — Le général dans l'imprévision 234
B. — L'exceptionnel dans l'imprévision 236
§ 3. L'onérosité 237

Section II. — La révision, sanction du contrat inadapté du fait des modifications économiques postérieures à sa conclusion 238
Sous-Section I. — Vers la révision, sanction unique du contrat inadapté du fait des modifications économiques postérieures à sa conclusion .. 239
§ 1. La confusion entre l'imprévision et les notions voisines, sur le plan de la sanction 239
§ 2. La résiliation, la révision et l'autonomie de la volonté 240
§ 3. La résiliation, la révision et l'ordre économique 242
Sous-Section II. — Le contrat inadapté du fait des modifications économiques postérieures à sa conclusion 244
§ 1. La révision devant le pouvoir du juge et la liberté des contractants 244
A. — Le juge peut-il résilier le contrat ou le maintenir sans révision ? 244
B. — La révision et la liberté des contractants 247
§ 2. Comment se fait la révision ? 247
A. — Les modes de la révision : l'augmentation et la réduction des obligations 248
B. — Le montant de l'augmentation ou de la réduction de l'obligation 249
Sous-Section III. — La révision, sanction du contrat déséquilibré à cause de la suppression d'une clause illicite 251
§ 1. Faut-il résilier le contrat ? 251
§ 2. Peut-on réviser le contrat ? 252

TITRE II

L'ADAPTATION EN ELLE-MEME 255

CHAPITRE PREMIER. — La nature juridique de l'adaptation 257

Section I. — L'adaptation, exécution directe de la règle violée 258

Sous-Section I. — L'adaptation et l'absence d'un texte 259

§ 1. Quelques tentatives doctrinales pour soustraire la législation des prix à la nullité 259

§ 2. L'adaptation, conséquence directe de l'objet de la règle légale, en droit positif 261

A. — Le principe 261

B. — Vérification du principe 264

Sous-Section II. — L'adaptation et l'analyse de la volonté des parties .. 265

§ 1. Le rôle de la volonté dans la détermination de l'étendue de la nullité 266

§ 2. Le rejet de la recherche de la volonté dans l'adaptation 269

A. — Le caractère impératif de l'adaptation 269

B. — Le caractère impératif de l'adaptation et la conclusion du contrat 272

Section II. — L'adaptation, exécution immédiate de la règle légale violée .. 274

Sous-Section I. — Les effets du contrat et le principe de la survie de la loi ancienne 275

§ 1. L'affirmation du principe de l'application de la loi ancienne aux effets en cours des contrats déjà passés 276

§ 2. La contestation de l'application de la loi ancienne aux effets en cours des contrats déjà passés 278

Sous-Section II. — L'adaptation et l'application du principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle aux effets du contrat 281

§ 1. Les solutions jurisprudentielles à propos du principe de la survie de la loi ancienne 282

§ 2. L'effet immédiat et la non-rétroactivité à l'égard des lois concernant l'exécution du contrat 283

A. — Les causes de résolution 283

B. — La monnaie du paiement 285

§ 3. L'effet immédiat et la non-rétroactivité à l'égard des lois concernant le contenu du contrat 285

CHAPITRE II. — *L'organisation pratique de l'adaptation* 289

Section I. — Les effets de l'adaptation 290

Sous-Section I. — Le caractère contractuel des droits et obligations adoptés 290

§ 1. La notion de novation nécessaire 290

§ 2. L'affirmation du caractère contractuel des droits et obligations adaptés 293

Sous-Section II. — L'application du régime du contrat aux droits et obligations adaptés 294

§ 1. La novation nécessaire et les effets ordinaires de la novation .. 295

A. — La continuité des garanties 295

B. — L'opposabilité des exceptions 295

§ 2. La novation nécessaire et la révision pour imprévision 297

Section II. — L'exercice de l'adaptation 298

Sous-Section I. — L'adaptation et la soumission ultérieure à la règle légale violée 300

§ 1. Disparition du vice et la nullité 300

A. — Disparition du vice et confirmation 300

B. — Disparition du vice et nature de la nullité 301

§ 2. La disparition du vice, adaptation volontaire du contrat à la règle légale violée 302

Sous-Section II. — L'adaptation et la renonciation au bénéfice de la règle légale violée 305

§ 1. La renonciation au bénéfice d'une règle qui a pour effet de diminuer les obligations d'une partie du contrat 308

A. — La renonciation à la loi et la renonciation aux droits 308

B. — Quelques illustrations jurisprudentielles de la distinction entre la renonciation à la loi et la renonciation aux droits . 310

§ 2. La renonciation au bénéfice d'une règle qui a pour effet d'augmenter les droits d'une partie du contrat 311

A. — La distinction entre la renonciation au droit acquis et la renonciation au droit subjectif 312

B. — Quelques illustrations jurisprudentielles de la distinction entre la renonciation au droit acquis et la renonciation au droit subjectif 315

CONCLUSION 319

BIBLIOGRAPHIE 323

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Paris -- 1161
Dépôt légal : 2e Trimestre 1967

Printed
in
France

IMPRIMERIE R. VANÇON
77, rue du Cardinal-Lemoine
PARIS (5e)
No 210 5-6-67